

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**Da relevância penal do *Stealth* no ordenamento
jurídico Português: contributo para o estudo do bem
jurídico liberdade sexual**

**Dissertação realizada no âmbito do Mestrado em Direito e Prática Jurídica, especialidade
em Direito Penal sob orientação da Professora Doutora Helena Morão**

Ana Margarida Vicente Monteiro

LISBOA

2019

“Obrigado,
Por este dia que passou
Pelos passos pelos voos
E pela vida que há em mim

Obrigado,
Por essa força ao olhar
Por essa chama que me queima
E pela vida que há em mim

Obrigado
Por essa voz que em mim habita
Por essa mão que necessita
De outra mão que saiba amar e ser feliz
Obrigado
Pela estrada percorrida
Pelos exemplos que dão vida
Obrigado pelos dons que recebi

Obrigado,
Pela amizade e confiança
Pela saudade e a lembrança
De tudo aquilo que nos marcou

Obrigado,
Pela presença que não passa
Pela esperança que abraça
E pelo amor que em nós ficou.”

“(...) The law is already in the bedroom, asking questions and trying to prevent abuse. (...)”¹

“(...) is recognized by rape survivors with a difference: where the legal system has seen the intercourse in rape, victims see the rape in intercourse. (...)”²

“(...) To know what is wrong with rape, know what is right about sex. (...)”³

¹ **ANDERSON, Michelle J.**, “Negotiating Sex”, in *Southern California Law Review*, Vol. 41, Los Angeles, University of Southern California, 2005, p. 136.

² **MACKINNON, Catharine A.**, *Toward a Feminist Theory of the State*, 1ª edição, Cambridge, Harvard University Press, 1989, p. 174.

³ *Ibidem*.

Agradecimentos

Este é aquele momento em que tudo se alinha, um percurso que começou há 6 anos e que agora ganha uma nova cor na tela do futuro. Nunca este quadro foi um tiro certo, uma aposta ganha; nunca o barco atracou em terreno firme. Porém, assim que o sonho se implantou no meu coração, a certeza nunca mais me abandonou.

A Ti, agradeço-Te por me teres semeado essa certeza profunda de que servir a justiça seria o caminho certo para a minha vida, independentemente de quão utópico e árduo isso se poderia revelar.

À minha Mãe, eterna impulsionadora das minhas lutas. Não saberia rigorosamente o que fazer se não a tivesse tido a lutar comigo e, muitas vezes, por mim. Se alguma vez me perguntarem como consegui tudo isto, direi a plenos pulmões que conseguimos. Pois somos uma só, para o resto da vida, venha o que vier, não importa a tempestade do mar, o negro da tela e o azar do jogo. É o Amor que nos salva.

Ao meu Pai que me ensinou a não desistir de nada, a ir à luta com toda a garra que temos e mesmo com a que não temos! Que me ensinou que o desejo de conhecimento nos leva tão longe quanto formos capazes de levar o barco a bom porto, com uma alma forte e poderosa.

Às minhas Avós porque me ensinaram a amar, incondicionalmente. Mostraram-me sempre o caminho da ternura, da doçura e da compaixão. Nunca me deixaram afundar no desânimo e na angústia e levantaram-me sempre que caí, tendo menos forças físicas do que eu, mas infinita sabedoria.

A ti Tia, a saudade eterna que fica no meu coração, a tristeza de só poderes estar neste momento através de mim e não por ti própria, mas também a profunda certeza de que me amaste (e amas!) incondicionalmente, do outro lado da vida, com uma intensidade incrível. Voltaremos a Ser Juntas.

À minha Madrinha, a melhor escolha possível para este papel, a pessoa que me ensinou que, com resiliência e trabalho, chegamos a qualquer sítio na vida. Não consigo colocar por palavras a honra que me deram ao ser madrinha do melhor ser deste Universo: a ti, Beatriz, o meu coração, para sempre.

A ti Rita, as palavras nunca serão suficientes, nunca chegarão àquilo que apenas um abraço pode expressar. Nunca vi amiga tão perfeita quanto tu. Nas

tuas imperfeições, te fazes maravilhosa. Espero ansiosa pelo dia em que te consigas ver com os verdadeiros olhos nítidos do Amor e, nesse dia, serei Feliz. Obrigada por todos estes anos de companheirismo, foi arrasador e tu foste a terra firme do meu barco.

A ti Dida, se existe alguém com quem consigo expressar toda a minha filosofia, é contigo. Obrigada pelas eternas horas de conversa, pelos desabafos que nunca acabarão, pois, as verdadeiras amizades não morrem.

A vocês, amigos brilhantes da minha vida: Catarina, Iara, Magano, Fox, Andreia, Daniela, Cláudia, Lobato e pequeno Martim, obrigada por me mostrarem que a Amizade pode viver durante muitos anos, sempre com cuidado e atenção.

À Fernanda Câncio que teve a ousadia de escrever um artigo jornalístico, o primeiro em Portugal a tratar o tema com o interesse que ele merece, e a quem agradeço a solidão acompanhada que senti (e me fez avançar com mais certezas!) após o contributo que pude dar para a construção do artigo.

À Professora Doutora Isabel Ventura, contributo essencial nesta jornada solitária e uma presença cuja disponibilidade para me ajudar foi permanente.

Por último, mas não menos importante (os últimos lugares têm um destaque brilhante na minha vida) à minha orientadora, a Professora Doutora Helena Morão que foi uma das contribuições fundamentais para o meu gosto pelo Direito Penal. Foi uma escolha à primeira aula e a certeza de que o seu rigor de pensamento me construiu para sempre. Obrigada, essencialmente, por ter dado vida a este tema!

Resumo

Os casos de *Stealth*, caracterizados pela retirada ou manipulação do preservativo não consentidas, há muito tempo que vinham sendo debatidos em vários tribunais internacionais, embora não lhe tenha sido dado um nome próprio nem uma conotação de fenómeno. Nos tribunais desenrolaram-se argumentações bastante diversas, variando em função das características da legislação penal dos países em causa.

Foi perceptível que a solução a dar aos casos de *Stealth*, se hipoteticamente ocorressem em Portugal, teria necessariamente que partir de um estudo acerca do direito penal sexual português. Esse foi o objetivo principal deste trabalho: pôr a descoberto vias de solução para casos como estes nos tribunais portugueses.

Para tal, desenvolvemos um primeiro aprofundamento sobre a colocação da liberdade sexual na CRP Portuguesa, reveladora da sua importância para o nosso ordenamento jurídico. O princípio da dignidade da pessoa humana manifestou-se como fundamento constitucional suficiente onde apoiar este bem jurídico, apesar da inevitável constatação da ausência de norma direta,

Só depois foi possível compreender o conteúdo do próprio bem jurídico e como a clara distinção das suas vertentes- especificamente a vertente positiva: caracterizada pela liberdade de cada pessoa na conformação da sua vida sexual- permite conceber os casos de *Stealth* como lesivos do bem jurídico em questão.

Foi vital, para as conclusões a que chegámos, o percurso que se trilhou na procura de respostas quanto à validade do consentimento em situações com a configuração que apresenta o *Stealth*. Os contributos da doutrina internacional, inequivocamente mais preparada para enquadrar o *Stealth*, tornaram-se cruciais para defendermos que muito há ainda a fazer no transporte para os tipos penais, da relevância do consentimento, especialmente no caso dos crimes sexuais, onde o ponto-chave é precisamente a ausência de vontade (livre) da vítima.

A finalização deste trabalho não poderia deixar de passar por tentar enquadrar a resposta penal que a nossa atual lei consegue prestar aos casos em estudo.

A análise revelou que, embora a letra da lei não seja tão clara como a proteção deste bem jurídico exigiria, as possibilidades de inserção do *Stealth* nos tipos penais existentes são razoavelmente afirmativas.

PALAVRAS-CHAVE: *Stealth*; Liberdade Sexual; Bem Jurídico; Consentimento; Direito Penal Sexual.

Abstract

The cases of *Stealthing*, characterized by the non-consented withdrawal or manipulation of the condom, have long been debated in several international courts, although not giving them a name and a connotation as a phenomenon. Quite a few arguments were conducted in courts, varying according to the features of the criminal law of the concerned countries.

It was perceptible that the solution to *Stealthing* cases, if hypothetically occurring in Portugal, would necessarily have to be based on a study of Portuguese sexual criminal law. This was the main objective of this work: to uncover ways of solving cases like these in Portuguese courts. In order to accomplish this, we developed a first deepening on the placement of sexual freedom in the Portuguese Constitution, revealing or not its importance to our legal system. The principle of dignity of the human person has proved to represent a sufficient constitutional basis to support sexual freedom, despite the unavoidable recognition of the absence of a direct norm.

Only afterwards, it was possible to understand the content of the legal good itself and how the clear distinction of its aspects - specifically the positive side: the freedom of each person to conform the respective sexual life - allows to conceive cases of *Stealthing* damaging the legal good in question.

The course of this study was vital to search for answers regarding the validity of consent in situations of initial consented involvement in a sexual relationship. The contributions of international doctrine, unequivocally better suited to frame *Stealthing*, have become vital for us to argue that there is still much to be done in transportation for the criminal types, the relevance of consent, especially in the case of sexual crimes, where the key point is precisely the absence of (free) will of the victim.

The completion of this work could not fail to try to frame the criminal response that our present law could provide to the cases under study. The analysis has shown that although the letter of the law is not as clear as the protection of this legal right would require, the possibilities of inserting *Stealthing* into existing criminal types are reasonably affirmative.

KEY-WORDS: *Stealthing*; Sexual Freedom; Legal Good; Consent; Sexual Criminal Law.

Índice

Agradecimentos.....	5
Resumo	7
Abstract.....	9
Índice	10
Modo de citar, siglas e abreviaturas	11
Introdução	13
I. Os casos de <i>Stealththing</i>	15
II. A importância do bem jurídico liberdade sexual	29
2.1. A descoberta de um fundamento constitucional: excursão breve pelo Capítulo V do Código Penal e pela CRP	33
2.1.1. O artigo 25.º CRP: o direito à integridade física	34
2.1.2. O artigo 25.º CRP: o direito à integridade moral.....	39
2.1.3. O artigo 27.º CRP: O direito à liberdade e segurança	43
2.1.4. O artigo 1.º CRP: Princípio da dignidade da pessoa humana	45
III. O conteúdo do bem jurídico liberdade sexual	50
IV. A problemática do Consentimento	52
V. O enquadramento do <i>Stealththing</i> no atual ordenamento jurídico-penal português	76
Conclusão	90
Bibliografia.....	95
Jurisprudência Nacional	104
Jurisprudência Internacional	107

Modo de citar, siglas e abreviaturas

No presente trabalho será adotado o seguinte modo de citação: na primeira citação de monografias, as mesmas serão citadas pela seguinte ordem: autor, título, volume (quando exista), número de edição, local de edição, editora, data e página(s); caso se trate de um periódico, seguir-se-á a sequência: autor, título, título da obra coletiva ou publicação periódica, volume, número, local de publicação, editora, data de publicação e página (s).

Nas referências subsequentes, serão omitidas todas as informações que se seguem ao título, sendo o mesmo abreviado seguido da referência *Op. Cit.* Por sua vez, se houver referências seguidas da mesma obra, a segunda (e seguintes) será substituída pela expressão *idem* seguida da(s) página(s), ou então *ibidem*, se a referência se encontrar na mesma página da referência imediatamente anterior.

Neste trabalho será utilizado o Novo Acordo Ortográfico, porém, sempre que se recorreu a transcrições, foi utilizada rigorosamente a escrita do autor.

As abreviaturas e siglas utilizadas serão as enunciadas na presente lista:

AA. VV. - Autores vários

Ac.- Acórdão

al.- Alínea

art.^o- Artigo

BFDUC- Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BMJ- Boletim do Ministério da Justiça

Cfr.- Confira

CP- Código Penal (sempre que não vier acompanhado do respetivo país, deverá entender-se que se trata do atualmente vigente em Portugal)

CPP- Código de Processo Penal

CRP- Constituição da República Portuguesa

DL- Decreto-Lei

DSTs- Doenças sexualmente transmissíveis

ed.- Edição

Ibidem - Mesmo autor, mesma obra, mesma página

Idem - Mesmo autor, mesma obra

IDPCC- Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais

MP- Ministério Público

n.º- Número

Op. Cit.- Obra Previamente citada

p.- Página

P.e.- Por exemplo

pp.- Páginas

séc.- Século

ss.- Seguintes

STJ- Supremo Tribunal de Justiça

TC- Tribunal Constitucional

TRC- Tribunal da Relação de Coimbra

TRE- Tribunal da Relação de Évora

TRL- Tribunal da Relação de Lisboa

TRP- Tribunal da Relação do Porto

VIH- Vírus da Imunodeficiência Humana

Vol.- Volume

Introdução

A escolha deste tema partiu da leitura de uma notícia de jornal onde me dei conta da pertinência de perceber qual o enquadramento possível a dar a este tema, mediante aquilo que a doutrina e a lei portuguesa me podiam oferecer. Foi igualmente importante, para a escolha do objeto desta dissertação, o facto de ainda não se ter registado qualquer caso de *Stealth* junto dos tribunais portugueses, o que não significa, desde logo que os factos já não se tenham verificado, embora não percecionados como relevantes em termos de criminalidade sexual. Esta constatação conduziu a um permanente desafio de adaptação entre aquilo que a nossa doutrina já sedimentou quanto aos crimes sexuais e a uma nova visão que parte da doutrina internacional vem aduzindo há largos anos.

Desta forma, no primeiro capítulo, começámos por descrever o modo de entrada dos factos associados ao *Stealth* no Mundo. Mostrámos as diversas características base das quais partíamos para a consideração do problema.

No segundo capítulo, procurámos realizar um estudo sobre o bem jurídico que pretendemos aprofundar neste trabalho- a liberdade sexual. E se inquestionável se revelou a sua consagração no nosso ordenamento jurídico, ao nível doutrinário, a sua fundamentação constitucional já se revelara menos debatida. Assim sendo, fizemos uma análise que percorreu a CRP em paralelo com o CP. Este “dar as mãos” já adivinhava outro ponto sensível no âmbito da dogmática dos crimes sexuais, isto é, já pré-anunciava o terceiro capítulo. Neste demo-nos conta da pouca densificação do conteúdo deste bem jurídico e fizemos uma súmula do que deve ser encarado como constitutivo da liberdade sexual.

No quarto capítulo focámo-nos no que os casos de *Stealth* possuem de realmente distinto face ao nosso panorama habitual dos crimes sexuais: o consentimento. Foi nesta sede que tecemos algumas críticas à insistente visão estrita do nosso legislador, no que diz respeito à consagração do consentimento como parte integrante dos tipos penais dos crimes sexuais.

O quinto e último capítulo representa o porto de chegada onde queríamos, com esta dissertação, atracar. Este preenche-se pela tentativa de debatermos se os

factos constitutivos dos casos de *Stealththing* podem ou não inserir-se nos atuais crimes sexuais presentes no código penal. No fundo, quisemos, nesta parte do estudo, aferir da possibilidade do *Stealththing* ser julgado, em Portugal, enquanto crime sexual.

Naturalmente este trabalho teve sérias limitações, pelo facto de não existirem contributos, a nível nacional, que equacionem este problema, do ponto de vista jurídico. Implicou, desta forma, a recolha e análise de uma quantidade considerável de jurisprudência internacional bem como a importação do que a doutrina internacional aduz acerca deste tema.

Embora as respostas fechadas possam não ser as que inicialmente esperámos, cremos que conseguimos discutir ativamente a problemática e deixar fixas algumas reflexões, acompanhadas de críticas construtivas.

I. Os casos de *Stealththing*

O *Stealththing*, tem vindo a ser entendido como o ato de remoção não consensual do preservativo⁴, sem deixar de frisar que essa remoção tem imprescindivelmente de ocorrer sob um pano de fundo que deverá conter três pontos essenciais: 1) o uso do preservativo foi, de alguma forma, concebido como uma condição *sine qua non* para a prática do ato sexual; 2) a remoção ocorre, necessariamente, de forma oculta, isto é, sem que a vítima se consiga aperceber a tempo de interromper a relação sexual desprotegida e 3) o ato de remover o preservativo terá que ser um ato deliberado, isto é, fruto da vontade do agressor.⁵

A controvérsia que reina neste tema inicia-se logo com a tradução do termo *Stealththing*. Podemos avançar várias traduções possíveis, entre outras, as que o definem como: ato furtivo, escondido, sorrateiro e sigiloso.

Alguns autores avançam já para uma tradução não literal deste termo, a qual corresponde à dissimulação: mais do que oculta, a retirada do preservativo acontece como um ato dissimulado, aparentemente o ato possui uma

⁴ É discutível que possamos aqui inserir os casos de manipulação do preservativo, equiparando-os, no fundo, aos de retirada. Atendendo a que esta ocorre previamente à sua colocação-tal como a retirada do preservativo pode apresentar-se como premeditada- e acontece, portanto, de forma oculta para a vítima, não nos parecem situações materialmente distintas, exigindo um tratamento semelhante do ponto de vista jurídico. Desta forma as conclusões a que chegaremos quanto ao tratamento a dar aos casos de remoção do preservativo valerão, com as devidas adaptações, para os de manipulação.

⁵ Fora desta definição ficam de parte os “acidentes de percurso” - frutos do azar (do acaso) - ou as manipulações dos preservativos que não acontecem como decorrência de ação direta do agente. Situações diferentes destas- mas conjecturáveis- são aquelas em que tudo se passa como se de um “acidente” se tratasse- ou seja, o preservativo sai sem que o agente tenha provocado essa retirada mas este, apercebendo-se deste facto, e sabendo que a permanência do preservativo é condição imprescindível para a prática da relação sexual, não avisa a vítima do que ocorreu, prosseguindo assim o ato sexual. Entendemos que estas situações não se podem enquadrar no conceito de *Stealththing* mas nem por isso se deixam de se lhes aplicar as conclusões a que chegámos com este trabalho, nomeadamente as que nos levaram a considerar a inserção destas condutas no meio que constrange a vítima, para efeitos do preenchimento do tipo penal do n.º2 do artigo 164.º. Duas notas quanto ao que acabámos de dizer. A primeira prende-se com a dificuldade que temos de afirmar este “conceito de *Stealththing*”. Atendendo à jovem vida que este tema ainda tem no mundo jurídico, o próprio conceito não está totalmente fechado. Com este trabalho pretendemos dar alguns passos para a sua definição mais precisa, mas não tivemos qualquer pretensão de a fechar, pelo que, outras opções serão sempre válidas. A segunda, de cariz material, é a que nos conduz a concluir pela lesão do bem jurídico, independentemente da forma como ocorre este engano provocado pelo agente, se de forma ativa, com a retirada intencional do preservativo, se de forma omissiva quando se apercebe e nada faz para evitar a lesão do bem jurídico. Esta lesão ocorre no momento em que a relação deixa de estar a coberto do consentimento inicialmente dado e, em última medida está a efetivação desta lesão ainda dependente do agente.

configuração e resulta noutra. No fundo, aquilo que começou como uma relação sexual consentida, termina sem esse consentimento inicial e, embora esta valência deva ficar para explorarmos mais adiante, é precisamente esta alteração que ocorre mediante o uso da dissimulação.

Contudo, não podemos deixar de notar que as diversas traduções que esta palavra possui poderão introduzir distorções quanto ao tratamento que queremos dar a este fenómeno, pelo que, tal como ALEXANDRA BRODSKY⁶, preferimos tratar deste tema como “remoção não consensual do preservativo”⁷, uma vez que, para além de constituir uma tradução fiel em língua portuguesa, é também uma forma de nos afastarmos do tratamento que o jornalismo confere a esta temática para que esta possa adquirir um significado mais jurídico (porque mais real e intuitivo, sem necessitar de explicações adicionais) e portanto mais preciso nesta sede.

Desta feita, embora concordemos com a Autora quanto ao facto de existir uma melhor forma de expressão em comparação com o termo *Stealth*, iremos, por razões de comodidade e de harmonia com o título da dissertação, utilizar esta expressão ao longo deste trabalho.

A maior parte das notícias alusivas a este tema, referem como primeiro marco judicial desta temática, a decisão do caso⁸ de um cidadão suíço (aqui considerado como A) e uma mulher (aqui considerada como B) que conhecendo-se ambos na aplicação para encontros “Tinder” se envolveram

⁶ Podemos concluir que é esta também uma preferência da autora, quer pela escolha do título para o seu artigo, o primeiro a tratar o tema em moldes jurídicos, pelo que escreve no resumo daquele e ainda pelas raras referências que faz ao longo do texto ao termo *Stealth*, substituindo-as pela “remoção não consensual”. Assim, **BRODSKY, Alexandra**, “Rape-Adjacent”: Imagining legal responses to non-consensual condom removal” in *Columbia Journal of Gender and Law*, vol. 32, n.º 2, Nova Iorque, Columbia University School of Law, 2017, p.183 (título e abstract), 188, 198.

⁷ Talvez a escolha da palavra *Stealth* como parte do título deste trabalho possa parecer incoerente face ao que agora expusemos. Porém, não podemos deixar de entender que esta expressão traduz também as hipóteses de manipulação- isto é, alteração da configuração de um preservativo em condições normais- o que corresponderia a uma parte importante deste trabalho que não podíamos ignorar e que a expressão “remoção não consensual” não se revelava suficiente.

⁸ Canton de Vaud, Tribunal Cantonal, Cour d’Appel penale, 8 de maio de 2017, disponível em: https://www.findinfo-tc.vd.ch/justice/findinfo-pub/internet/search/result.jsp?path=CAPE/Jug/20170523154941426_e.html&title=Jug%20/%202017%20/%20197&dossier.id=6084202&lines=4 (último acesso a 19.11.2018).

Esta corresponde já a uma decisão de recurso, a única que conhecemos e analisámos, por não nos ter sido possível encontrar a primeira decisão datada de 9 de janeiro de 2017, também ela condenatória.

depois, consensualmente, numa relação sexual.

Ficou provado nesta instância que ambos⁹ reconheceram a essencialidade do uso do preservativo para esta específica relação sexual. Contudo, em circunstâncias factuais específicas que o próprio tribunal não conseguiu deslindar com total exatidão, o homem, em determinada posição e sem que a mulher se pudesse aperceber (pela forma como estavam dispostos os dois corpos), retira o preservativo e prossegue a relação sexual, sendo que a ausência do preservativo apenas é sentida pela mulher, depois da ejaculação, sem que antes pudesse reagir de outra forma.

A decisão foi tomada de acordo com o prescrito no artigo 191-2.^{o10} do Código Penal Suíço que, de forma idêntica (embora não exatamente nos mesmos termos) ao nosso Código Penal (art.^o 165.), estabelece como crime o aproveitamento de um estado de incapacidade de resistência ou de discernimento com a finalidade de praticar atos sexuais.

O raciocínio aplicado pelo tribunal suíço partiu do pressuposto de que nesta situação, quer o desconhecimento da vítima quanto à futura retirada do preservativo, (tido antes como requisito essencial), quanto a posição física dos corpos no momento da retirada, sempre impediriam B de resistir a esta penetração desprotegida. Assim, no fundo, a situação é vista como se o engano que o A pretendeu provocar, tivesse colocado B num estado de desconhecimento que a impediria sempre de resistir. Não seria possível resistir a algo que não conhecemos.

Como acima dissemos, também o Código Penal Português consagra como crime a prática de atos sexuais de relevo (n.^o 1 do artigo 165.^o) ou de cópula (n.^o 2 do artigo 165.^o) com quem se apresenta em estado de inconsciência ou incapacidade (por qualquer outro motivo) que conduza à impossibilidade de resistência, desde que, a prática desses atos corresponda a um

⁹ Inclusivamente, A reflete a sua preocupação quanto a uma futura gravidez de B, não ficando patente, no processo, que para este interveniente o uso do preservativo era dispensável.

¹⁰ “ (...) Article.^o 191. 2. Atteinte à la liberté et à l'honneur sexuels / Actes d'ordre sexuel commis sur une personne incapable de discernement ou de résistance

Celui qui, sachant qu'une personne est incapable de discernement ou de résistance, en aura profité pour commettre sur elle l'acte sexuel, un acte analogue ou un autre acte d'ordre sexuel, sera puni d'une peine privative de liberté de dix ans au plus ou d'une peine pécuniaire (...) [Sublinhado nosso], in Code Pénal Suisse, du 21 décembre 1937 (Etat le 1er mars 2018), disponível em : <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19370083/index.html#a191> (último acesso a 18.11.2018).

aproveitamento por parte do agressor.

Porém, ao lermos atentamente a referida norma, percebemos que a intenção do legislador foi a de criminalizar o aproveitamento de um estado ou de uma incapacidade pré-existent e não enquanto realidades que o próprio agente pode criar através da sua vontade. É precisamente o deliberado aproveitamento da fragilidade de um estado físico ou psíquico já existente que justifica esta criminalização, sendo este o seu traço distintivo face aos outros tipos penais da criminalidade sexual.

Face ao que dissemos, esta norma não serviria para decidir por uma condenação de A por *Stealththing*, em Portugal, tal como sucedeu na Suíça. Isto porque, neste caso, foi o próprio agressor que provocou o estado de incapacidade de resistência para depois, naturalmente, se aproveitar dele, pois se não fosse para tal, nunca o criaria. Contudo, não podemos ignorar que em Portugal dispomos de outra norma penal que trata desta “impossibilidade de resistência”, o n.º1 do artigo 164.º, a que aludimos com mais pormenor no Capítulo V deste trabalho (*vide*, em especial, as pp. 76ss) e que pretende levantar o enquadramento desta questão fora do artigo 165.º mas querendo mostrar que o legislador pretendeu de facto estabelecer duas normas cujos comportamentos a elas subsumíveis terão que ser distintos.

Desta feita, A apresentou, ao longo do processo, várias versões que visariam justificar a ausência do preservativo, tentando alegar que havia sucedido um acidente e que nem ele próprio tinha conseguido perceber a ausência daquele. O tribunal não foi sensível a esta argumentação, chegando mesmo a não considerar como possível que B não se apercebesse desse facto, uma vez que seria no seu próprio corpo que essa ausência se notaria primeiro.¹¹

A conclusão deste caso resultou na condenação de A numa pena privativa da liberdade, suspensa na sua execução.

Embora a decisão que *supra* analisámos se configure como a mais mediática, já anteriormente, em 2010, num tribunal sueco, surgira a condenação de Julian

¹¹ Parece-nos, porém, que esta consideração do tribunal pode ser excessiva, em certos casos diferentes do que ora analisamos. Tal como oportunamente defenderemos (*vide*, pp. 77 e 78) que não existe, do lado da vítima, um ónus de confirmação permanente quanto à presença ou não do preservativo. Isto porque, estando envolvida na suposta relação sexual desejada, não estaria totalmente disponível (mental e fisicamente) para efetuar esse controlo. Tal como para a vítima, é de bom senso considerar que a envolvimento do agente o impede de perceber que, por algum azar, o preservativo já não está mais a cumprir a função inicialmente acordada.

Assange, por violação sexual de uma cidadã australiana, tendo ficado provado (inclusive na última decisão de recurso¹²) que essa agressão sexual se desenvolveu com contornos que podemos assumir estarem ligados ao *Stealth*. Embora a decisão se foque, tal como a maioria das notícias relativas ao fundador do WikiLeaks, em questões políticas, de asilo e de possibilidades de extradição, o arguido foi acusado de forçar alguém a praticar consigo relações sexuais e, por acréscimo, ficou ainda assente que retirou dissimuladamente o preservativo, após sucessivos diálogos diretos sobre o tema com a vítima.

A decisão não é muito descritiva em relação ao modo como o preservativo foi retirado¹³ mas é bastante explícita quando refere que o ponto-chave deverá ser o de que Assange continuou a relação sexual desprotegida mesmo depois da vítima ter interrompido várias vezes o momento para verificar se de facto estaria o preservativo colocado. Isto, em consequência da insegurança que a postura de Assange lhe provocou, aquando do início da relação sexual, uma vez que este revelou discordância quanto ao uso deste método de proteção.

Depois deste episódio, ficou ainda provado que Assange praticou relações sexuais com a ofendida enquanto esta dormia, sem usar novamente preservativo, já após os confrontos sucessivos entre ambas as partes, de onde resultou, para ambos, a vontade inequívoca da vítima em persistir no uso daquele.

O tribunal discute, a nosso ver, com pouca profundidade a questão da imprescindibilidade do uso do preservativo como característica essencial da relação sexual e, indissociavelmente, do próprio consentimento. Avança, contudo, um aspeto importante que se relaciona com a consideração de que a opção por usar ou não preservativo ainda se integra no que se denomina “qualidade do ato sexual”¹⁴, pois a existência de uma barreira física adicional,

¹² *Julian Assange v. Ministério Público Sueco*, High Court of Justice- Queen’s Bench Divisional Court, Processo n.º: C0/1925/2011, 2 de novembro de 2011, disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2011/2849.html> (último acesso a 21.11.2018).

¹³ “It seems to us immaterial to the fairness and accuracy of the description of the offence whether that lack of protection arose out of his failure to wear a condom or his tearing or damaging the condom deliberately.”

¹⁴ “Assuming it was deceptive, then in our view it was not deceptive as to “the nature or quality of the act”. We accept it could be argued that sexual intercourse without a condom is different to sexual intercourse with a condom, given the presence of a physical barrier, a perceived difference in the degree of intimacy, the risks of disease and the prevention of a pregnancy (...).”

faz alterar a qualidade daquele ato sexual. Esta visão do que poderá preencher aquele conceito parece-nos acertada. Senão vejamos.

O que pode conduzir a que consideremos que consentir para a prática de sexo vaginal não é o mesmo que o fazer para sexo anal¹⁵ (e que portanto, os dois atos possuem uma natureza distinta) mas, de outra forma, considerar que consentir para um contacto sexual (necessariamente físico, para o que nos importa) com preservativo é exatamente a mesma realidade que consentir para uma relação sem preservativo?

Não nos é possível aduzir uma explicação racional que permita argumentar que o uso do preservativo não é uma característica do ato sexual, assumindo que, subjetivamente, por via da expressão da vontade, aquele se constitui como um elemento importante para ambos os intervenientes (pois é aceite como determinante para o consentimento) mas também objetivamente se revela num elemento externo que se adiciona fisicamente àquela relação sexual com finalidades de proteção específicas, inquestionavelmente redutoras de riscos naturalmente associados à prática sexual (embora isto não signifique infalibilidade).

O que queremos traduzir é que o uso do preservativo não constitui apenas um capricho importante para algum dos intervenientes. É um dos métodos contraceptivos mais recomendados para evitar os resultados que uma relação sexual desprotegida pode acarretar.

Não podemos deixar de concluir o comentário deste caso com a enunciação do seu desfecho: em maio de 2017 foi decretado o arquivamento do processo no que toca aos crimes sexuais pelos quais vinha o jornalista acusado. Este arquivamento não refere qualquer problema de insuficiência da prova já obtida, mas alude apenas ao tempo que decorreu (cerca de 7 anos) e à impossibilidade de continuar a investigação, dado que o suspeito pediu asilo à embaixada do Equador a fim de evitar a sua detenção, pelas autoridades policiais, o que seria essencial para o prosseguimento da investigação.¹⁶

¹⁵ Entendimento plasmado nos pontos n.ºs 84. e 85 da decisão que agora analisamos.

¹⁶ Assim, de acordo com a decisão de arquivamento do MP Sueco, datada de 19 de maio de 2017, disponível em: https://www.aklagare.se/globalassets/dokument/ovriga-dokument/am_131226_10_nedlaggningsbeslut.pdf (último acesso a 24.11.2018) com tradução não oficial disponível em: <https://www.aklagare.se/globalassets/dokument/ovriga-dokument/decision-20170519.pdf> (último acesso a 25.11.2018).

Acontece, porém, que avançando na linha do tempo, constatámos também que, em 2014, na decisão *R. v. Hutchinson*¹⁷, a instância judiciária mais alta do Canadá, se debateu com uma factualidade que podemos facilmente configurar igualmente como um caso de *Stealththing*.

Neste caso, um homem e uma mulher haviam acordado no uso do preservativo, especificamente como meio de evitar uma gravidez. Sucede que o homem sabotou o preservativo, fazendo-lhe pequenos furos, utilizando-o depois como se de um preservativo normal se tratasse.

Naturalmente que, neste caso, a parte principal da decisão incidiu sobre a sabotagem contraceptiva, na ótica da liberdade de escolha do momento da maternidade/paternidade (liberdade de procriação) que todos possuímos. No geral, parece-nos que esta jurisprudência se afastou da liberdade sexual como expressão da autonomia de cada ser humano para se focar exclusivamente no engano que conduziu ao dano (no caso, a gravidez), esquecendo, do ponto de vista jurídico, o engano que viciou o consentimento em momento prévio ao do dano e que, portanto, causou logo danos ao nível da liberdade sexual da vítima. Essencialmente entendemos que o tribunal tomou esta opção também por ter sido este o foco dado pela vítima a esta questão, visto que esta havia engravidado na sequência da relação sexual aparentemente protegida.

O tribunal concluiu que as condenações por *Stealththing*, analisadas apenas do ponto de vista da fraude que vicia o consentimento, não poderão ocorrer¹⁸ sem que se adicione à “fórmula condenatória” o risco sério de danos físicos

¹⁷Supremo Tribunal do Canadá, 7 de março de 2014, disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/13511/index.do> (último acesso a 20.11.2018).

¹⁸ Esta visão que considera a simples fraude como insuficiente para a condenação não parece muito concordante com o artigo 265.3 do Código Penal do Canadá disponível em: https://qweri.lexum.com/w/calegis/rsc-1985-c-c-46-en#!fragment/Short_Title_280/BQCwhgziBcwMYgK4DsDWszlQewE4BUBTADwBdoBIEPUgfXwEtSAbQ22gJgA4AGASgA0ybKUIQAiokK4AntADk8gRD5szZgGEkaaAEJkywmFwJJ0uYqMmEFGgCE5AJQCAGRCa1AIIA5TS4CpGAARtCk2HB8fEA (último acesso a 21.11.2018).

“Consent

(3) For the purposes of this section, no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of

- (a) the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;
- (b) threats or fear of the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;
- (c) **fraud**; or
- (d) the exercise of authority.” [destacado nosso]

Neste artigo a fraude atua só por si, sem necessitar, legalmente, da adição do risco sério de danos corporais graves.

graves¹⁹, sejam estes: a ocorrência de uma gravidez não desejada ou a contração de uma DST.²⁰ Este crivo mais apertado ocorre para evitar uma espécie de uso excessivo do direito penal, uma vez que a fraude entendida assim, em estado puro, poderia querer significar uma espécie de incriminação da mentira utilizada como meio para a obtenção de uma relação sexual. Este uso da mentira poderá ser visto como marca de desonestidade entre duas pessoas envolvidas intimamente, mas não como penalmente relevante.

Porém, consideramos que mais do que a adição do elemento “sério risco de lesões corporais graves”, seria importante estabelecer uma cláusula que relacione a fraude a um aspeto fundamental da relação sexual. Esta formulação teria que ser densificada, mas entendemo-la de forma necessariamente mais ampla do que o preenchimento do critério da “relação sexual em questão” permite. Este último critério foi usado na decisão que ora analisamos²¹ e apenas considera relevante para aferir se uma pessoa deu ou não consentimento para uma dada relação sexual, o facto de esta ter consentido na qualidade sexual do ato (não podendo consentir num ato de natureza não sexual, como um ato médico, p.e.,) e na específica identidade do parceiro. É claro que ambos estes aspetos se devem considerar como fundamentais da relação sexual, sem os quais esta não possui, desde a sua origem, conotação sexual (e não é desejada, portanto, dessa forma) bem como

¹⁹ Vide ponto 19 da decisão *R. v McNally*, Tribunal de Recurso- Divisão Criminal da Inglaterra e País de Gales, processo n.º 201302101C2, datado de 27.06.2013, disponível em: <https://genderidentitywatch.com/wp-content/uploads/2013/06/mcnally-v-r-2.pdf> (último acesso a 08.12.2018), que fazendo referência a parte de outra decisão, a saber: ponto 17 da decisão *R v EB* Tribunal de Recurso- Divisão Criminal da Inglaterra e País de Gales, processo n.º 200601453/C1, datado de 16.10.2006, disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Crim/2006/2945.html> (último acesso a 10.12.2018) assumindo que a viciação do consentimento por via do parceiro ter ocultado o facto de ser portador de VIH apenas deve relevar, para efeitos criminais, quando se comprovem danos concretos. Isto equivale a pressupor que a vítima tem que contrair a referida DST para que se possa afirmar que o consentimento que prestou inicialmente está viciado. É uma análise da viciação do consentimento que está funcionalizada à ocorrência de um dano grave para a saúde de vítima e que se olvida de considerar relevante o dano à liberdade sexual isoladamente enquanto bem jurídico primordial da criminalidade sexual.

²⁰ Terão todas as DSTs, dentro da panóplia de possibilidades, a gravidade necessária para que se considere que causam uma lesão corporal grave?

²¹ “Properly interpreted, voluntary agreement to the sexual activity in question in s. 273.1(1) means that the complainant must subjectively agree to the specific physical act itself, its sexual nature and the specific identity of the partner. The “sexual activity in question” does not include conditions or qualities of the physical act, such as birth control measures or the presence of sexually transmitted diseases.” In *R. v. Hutchinson*, Supremo Tribunal do Canadá, 7 de março de 2014, disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/13511/index.do> (último acesso a 20.11.2018).

não se pode afirmar que foi praticada com a pessoa com quem se queria.²²

Porém, a leitura da “relação sexual em questão”, em nosso entender, não devia apenas ocorrer com base nestes dois aspetos em abstrato, mas devia atender à específica relação entre os intervenientes, observando, desta forma, aquilo que foi expressamente comunicado como crucial para o início e desenvolvimento da relação sexual. Se ficou assente, entre ambos, que o preservativo funcionava como elemento imprescindível para aquela relação sexual, então o uso do preservativo deverá tornar-se um aspeto fundamental. Porém, o preservativo tem uma relação objetiva com a relação sexual, isto é, não depende de meras considerações subjetivas dos sujeitos envolvidos na problemática. É concebido como um meio contraceptivo que funciona como redutor do risco natural (e inevitável) existente na prática de relações sexuais, não funcionando como uma qualquer condição meramente dialogada.

Assim sendo, é importante discutir acerca da importância dos danos que advêm de relações sexuais desprotegidas, na medida em que estes estão diretamente ligados à redução do risco que representa o uso do preservativo. Não é facilmente configurável que alguém queira imprescindivelmente usar preservativo por mero capricho.

Nomeadamente, dentro destes danos, o da gravidez carece ainda de aprofundamento, especialmente porque se prende com construções de género existentes dentro da sociedade. Contudo, não nos parece aceitável que se faça depender a relevância penal do *Stealthing* apenas da consideração da existência do risco de danos sérios. Estes poderão ser um *plus* na fundamentação da relevância penal da remoção/manipulação não consensual do preservativo, mas considerados como determinantes e exclusivos para efeitos condenatórios, parece-nos que se acaba por, desta forma, tirar o papel que a liberdade sexual deverá assumir desde logo.²³²⁴

²² Aspeto que para o legislador Português fundamentou a criação do tipo penal do artigo 167.º do CP.

²³ Assim, sufragamos o que é dito em **NUNES HENRIQUE, DANILO e LEHFELD SOUZA, LUCAS**, “*Stealthing*: aspectos acerca da violência de género e afronta aos direitos fundamentais” in *Revista Libertas*, vol. 3, n.º 2, Brasil, Universidade Federal de Ouro Preto, fev./mar. 2018, p. 105.

²⁴ Como é evidente na seguinte passagem retirada da decisão do Supremo Tribunal do Canadá, melhor descrita na nota de rodapé n.º17 e que nos parece enquadrável nesta sede: “[Ponto 98] That is, individuals who engage in sexual activity that has no risk of pregnancy, either because of age, fertility, or gender, for example, would have no legal right to insist upon the use of a condom. If one of those individuals has insisted upon the use of a condom, and their partner

Apenas uma precisão ainda quanto a este tópico. Como parece intuitivo, o que dizemos aqui para o mero “risco” de poder vir a adquirir danos sérios, dizemos com maior intensidade, como resposta para os que defendem que a relevância penal da conduta de remoção/manipulação do preservativo, deve estar dependente da existência de danos efetivos sobre a pessoa da vítima. Dentro desta conceção, parece ser ainda maior o fracasso da liberdade sexual.

Ao analisar a doutrina existente especificamente sobre o *Stealth* veremos que o primeiro estudo sobre o tema foi da autoria de ALEXANDRA BRODSKY²⁵ e deu o mote para o tratamento jurídico do problema.

A autora recorreu, como base do seu pensamento, a entrevistas feitas a jovens universitários a fim de perceber o número de casos de retirada do preservativo não consensual existentes junto deste grupo populacional.

Desta recolha de informação, resultou que várias jovens (neste trabalho, apenas mulheres) já teriam estado envolvidas numa relação sexual na qual o parceiro retirou o preservativo de forma oculta. Contudo, embora as vítimas reconhecessem que isso aconteceu de facto não mostraram compreender como é que isso podia ter relevância do ponto de vista criminal. Duas notas quanto ao que acabámos de referir.

A primeira nota corresponde à de que não acompanhamos, em absoluto, a visão exclusivamente feminina que a autora pretende dar ao elemento passivo (vítima) do *Stealth* pois não concetualizamos que seja um fenómeno no qual o sujeito ativo seja sempre o homem. As mulheres, pelos motivos mais variados, também poderão tirar ou manipular o preservativo, quando o uso deste foi condição essencial inicialmente estipulada. Poderão fazê-lo recorrendo à imobilização do parceiro e posterior remoção do preservativo, bem como, através do uso dos dentes ou das unhas como meios para a adulteração deste método. Assim sendo, embora o *Stealth* possa estar relacionado com a violência de género contra a mulher (veremos isso seguidamente), não é correto, em Estado de Direito Democrático, à luz do princípio da igualdade, atendendo a que os factos ocorrem no mesmo sentido,

has deliberately and knowingly ignored those wishes — whether by not using a condom at all, removing it partway through the sexual activity, or sabotaging it — that individual will nonetheless be presumed to have consented under the approach suggested by our colleagues (...).”

²⁵ BRODSKY, Alexandra, “Rape-Adjacent”: Imagining legal responses to non-consensual...” *Op. Cit.*

considerar soluções distintas, apenas com base no sexo do elemento ativo.

A segunda tem que ver com esta relação inegável que o fenómeno possui com a violência de género contra as mulheres. As notícias que aludem ao *Stealth*, frisam que este resulta de uma conceção de supremacia do homem face à mulher. Este último deverá ter o direito de “espalhar a semente” e de consumir a relação sexual segundo as suas preferências.²⁶

E é este o ponto que conduz a que as vítimas não sintam estes factos como ilícitos criminais, cremos.²⁷ É precisamente porque as mulheres estão historicamente preparadas para assumirem as preferências dos homens, sem questionamentos. É normal ceder ao não uso do preservativo pois à mulher cabe o papel passivo de satisfazer o homem nos seus propósitos sexuais.

Atendendo à proximidade fáctica entre os casos de *Stealth* e de Sabotagem Contracetiva, mostra-se de significativa relevância fazermos aqui o exercício de perceber se o primeiro pode ser tratado como um caso de Sabotagem Contracetiva. Estes casos caracterizam-se essencialmente pela interferência ativa por parte de um dos parceiros sexuais, no método contracetivo utilizado no âmbito dessa relação de intimidade. O objetivo é necessariamente o de impedir que o método escolhido para impedir a gravidez atue de forma eficaz.

Devemos ter em conta que existe um grande número de comportamentos humanos²⁸ que podem enquadrar-se no conceito de “Sabotagem Contracetiva”, nomeadamente: a substituição dos comprimidos contracetivos por placebos, a

²⁶ Especificamente quanto à preferência masculina pelo não uso do preservativo, **TRAWICK, Shane M.**, “Birth Control Sabotage as Domestic Violence: A Legal Response” in. *California Law Review*, V. 100, Issue 3, Article 8, Estados Unidos da América, University of California, 2012, p. 729.

²⁷ Não poderão as considerações típicas da violência de género constituir os “costumes sociais” que **NATSCHERADETZ, Karl Prehaz**, O direito penal sexual: conteúdo e limites, 1.^a edição, Coimbra, Almedina, 1985, pp. 142-151 refere como critérios relevantes para saber se uma dada conduta possui gravidade suficiente para agredir a liberdade sexual e, desta forma, ganhar relevância penal? Assim também, **FIGUEIREDO DIAS, Jorge De**, Direito Penal- Parte Geral- Questões fundamentais, A doutrina geral do crime, Tomo I, 2.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 132 e 133, com a consideração de que o conceito material de crime não fica completo se nele não integrarmos os “processos sociais de seleção” pela sociedade entendida no seu todo. Se avaliarmos o *Stealth* através deste critério, facilmente chegamos à conclusão de que de facto ele não é dotado de gravidade suficiente porquanto a sociedade não o sente (ainda) como tal. Mas não podemos esquecer que com esta afirmação estamos a perpetuar focos de violência de género, bem como, mediante o que neste trabalho se pretende deixar claro, aceitar agressões ao bem jurídico liberdade sexual.

²⁸ **BUCHANAN SHAYO, Kim**, “When Is HIV a Crime? Sexuality, Gender and Consent”, Minnesota law review, n.º 14, Minneapolis, University of Minnesota Law School, 2015, p. 1285 a 1287. **PLUNKETT, Leah A.**, “Contraceptive Sabotage” in *Columbia Journal of Gender and Law*, vol. 28 n.º 1, Nova Iorque, Columbia University School of Law, 2014, p. 105 e 136 e **TRAWICK, Shane M.**, “Birth Control Sabotage... Op. Cit., p. 730.

passagem de informação para o parceiro de que se estaria a recorrer à proteção mediante o uso de algum método do contraceptivo ao qual intencionalmente não se está a recorrer, a remoção forçada de um qualquer método contraceptivo, entre outros. Qual será a diferença entre estes casos e o *Stealththing*?

Compreendemos que não existe, no plano jurídico, qualquer distinção. Em momento mais avançado deste trabalho (*vide* p. 80 e ss.) vamos associar a retirada ou manipulação não consensual do preservativo ao resultado de um engano que vicia o consentimento da vítima. Este raciocínio parece ser também aplicável aqui: a vítima, protegendo-se de uma gravidez não desejada e agindo livremente no seu direito à escolha do momento da paternidade, é enganada quanto a um aspeto essencial da relação sexual. E este engano ocorre mediante o comportamento ativo do parceiro, isto é, é induzido dolosamente. Aquilo que parece verdadeiramente distinguir o engano que conduziu a uma relação sexual não consentida e a sabotagem contraceptiva é que, dentro das situações de engano, existirão as que pressupõem o uso de um método contraceptivo e aquelas onde o engano ocorrerá por outra forma²⁹. Assim sendo, esta distinção é meramente formal pois o engano permanece, nas duas situações.

Entre o *Stealththing* e a sabotagem contraceptiva existe alguma ligação direta, uma vez que o preservativo é um método contraceptivo como qualquer outro, podendo o primeiro ser tratado como um caso de sabotagem contraceptiva. Porém, não podemos associar o *Stealththing* a uma relação sexual não consentida por via do engano induzido e não assumir o mesmo para os outros casos de sabotagem. Em todos, trata-se de analisar a validade de um consentimento que foi prestado com base em circunstâncias que se alteram por ação direta do parceiro. Assim, se no *Stealththing* a vítima acredita erradamente que vai embarcar numa relação sexual protegida, nos outros casos de sabotagem, esta crença também existe, estando a vítima apoiada na

²⁹ Há quem apelide estes outros casos em que não ocorreu a interferência de um método contraceptivo em concreto, como atos de coação reprodutiva, sendo esta uma expressão preferível por abranger todos os casos, aqueles onde está envolvido um método contraceptivo e os outros onde este não existiu, tendo contudo, existido uma “imposição reprodutiva” de um parceiro sobre o outro que merece tutela, **TRAWICK, Shane M.**, “Birth Control Sabotage.. *Op. Cit.*, p. 755.

segurança de que o método contraceptivo por si escolhido se mantém eficaz.³⁰

Não parece defensável considerar que o facto de a vítima ter optado por determinado tipo de contraceção, é irrelevante ou um pormenor. Representa este um aspeto que integra a livre conformação da sua vida sexual e, portanto, significa, também, desde logo uma agressão ao bem jurídico liberdade sexual. Entre ambas as realidades que aqui estamos a comparar há uma justaposição, uma vez que ambos implicam a violação daquele bem jurídico mediante a adulteração/remoção de um método contraceptivo, retirando-lhe portanto, a sua eficácia. De notar que não é uma adulteração fruto de um acidente ou do falhanço das probabilidades de segurança- para estes casos, todas as vítimas estão, de uma forma ou de outras preparadas- mas antes devido à interferência do parceiro íntimo.

É comum, contudo, associar à sabotagem contraceptiva, não apenas a violação da liberdade sexual, mas antes a possibilidade da ocorrência de danos que poderão decorrer desta relação sem proteção contraceptiva eficaz. Aqui, à partida, não estaremos a falar da contração de uma DST, pois só o uso do preservativo (o feminino encontra-se aqui incluído) o pode impedir, recaindo o foco portanto, sobre o dano gravidez³¹. Pese o facto de, em casos de engano intencionalmente produzido em matéria sexual, não nos focarmos apenas neste dano, como vamos demonstrar ao longo deste trabalho, esta polarização no dano da gravidez indesejada, com referência às implicações emocionais e físicas que acarreta para a mulher³², tem o inegável mérito de debater este problema, bastante complexo (*vide* a reflexão deixada na nota de rodapé n.º 128).

Uma última nota quanto a este assunto. A questão da gravidez indesejada como dano não poderá “fechar-nos os olhos” quanto ao facto de não ser impreterível que o sujeito ativo seja o homem, isto é, a própria mulher pode interferir com a sua contraceção com a finalidade de engravidar.³³ Este pode ser um problema delicado, atendendo a que a própria mulher, através da sua conduta, está a assumir as implicações que a gravidez acarretará sobre si.

³⁰ **PLUNKETT, Leah A.**, “Contraceptive Sabotage” *Op. Cit.*, p. 126 a 128.

³¹ Assim, **PLUNKETT, Leah A.**, “Contraceptive Sabotage” *Op. Cit.*, p. 115 a 125.

³² Com um excelente resumo sobre estas implicações, **TRAWICK, Shane M.**, “Birth Control Sabotage...” *Op. Cit.*, p. 734 e 735.

³³ É uma observação feita na linha do que dissemos quanto à possibilidade de ser a mulher a manipular o preservativo, tendo em vista a gravidez que deseja.

Contudo, embora tenhamos que aceitar esta premissa, não podemos ignorar que está também inscrito na esfera jurídica do homem o direito à livre escolha do momento da paternidade³⁴, pelo que a este também tem que ser dada a possibilidade de escolher quando quer assumir essa responsabilidade, não ao nível dos impactos físicos que a gravidez pode trazer- necessariamente apenas sentidos pela mulher- mas, de outra forma, ao nível dos efeitos emocionais que a paternidade masculina indesejada pode acarretar.³⁵

³⁴ Bem como também o homem é detentor da sua própria liberdade sexual. Não podemos portanto, deixar de frisar que nos casos em que é a mulher o sujeito ativo da sabotagem contraceptiva, também se verificará um dano na liberdade sexual do homem, caso se mostre que, para este, o uso de métodos contraceptivos era elemento essencial para aquela relação sexual.

³⁵ Assim, é esta ideia de igualdade na questão das implicações que a parentalidade assume para homens e mulheres também defendida por **PLUNKETT, Leah A.**, “Contraceptive Sabotage” *Op. Cit.*, p. 124 e **FIGUEIREDO DIAS, Jorge**, comentário ao artigo 164.º in *Comentário Conimbricense do Código Penal Parte especial: artigos 131.º a 201.º*, dir. Jorge de Figueiredo Dias, 2ª ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 470.

II. A importância do bem jurídico liberdade sexual

Neste capítulo analisaremos a liberdade sexual enquanto bem jurídico integrado no sistema penal português. Começamos por considerar relevante dar nota de que conhecemos a vasta discussão sobre o próprio conceito de bem jurídico, bem como a sua relação com o conceito material de crime, sendo ambas as problemáticas, em grande medida, de cariz teórico e prévio ao que aqui queremos abordar.³⁶

Embora estes temas possuam uma centralidade única na legitimidade de existência do próprio direito penal e não nos sendo possível, em poucas páginas, tratar deles e do objeto concreto deste trabalho, faremos alguma referência aos mesmos por considerarmos que adquirem relevância para o desenvolvimento deste estudo. Assim, podemos chamar aqui à colação a necessidade de a doutrina penal, antes de construir um conceito formal de crime, uma “teoria sobre a definição do crime”³⁷, se preocupar com o referido conceito material de crime, isto é, com uma construção de ideias (que não serão só vagas ideias abstratas mas se materializam em princípios jurídico-penais) que visa conferir legitimidade ao direito penal para atuar enquanto tal. É aqui que podemos começar por enunciar os dois princípios que servirão os propósitos a que nos propomos, nesta sede, apenas do ponto de vista da criminalização, ao nível primário da criação legislativa. São estes: a dignidade punitiva- do bem jurídico que se pretende proteger- e a posterior atuação do princípio da necessidade (e da eficiência) da atuação do direito penal.

Quanto ao primeiro, ao invés de o denominarmos princípio da dignidade

³⁶ Assim, ilustrativos das duas discussões- com objetos e objetivos diferentes- embora frequentemente relacionadas para efeitos de legitimação do direito penal: **FARIA COSTA, José de** “Sobre o objecto de proteção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não ilegal” in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 142.º, janeiro-fevereiro, Coimbra, Gestlegal, 2013, pp. 158 a 173; **TORRÃO, Fernando**, “A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais (Mudança de paradigma no novo Código Penal)” in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, V. LXXI, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1995, págs. 545 a 554; **NATSCHERADETZ, Karl Prehaz**, *O direito penal sexual..*, pág. 89 a 118.; **FIGUEIREDO DIAS, Jorge De**, *Direito Penal- Parte Geral...* Op.Cit., pp. 113 ss, e 133 ss; **PALMA, Maria Fernanda**, *Direito Constitucional Penal*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 114 ss; **COSTA ANDRADE, Manuel**, *Consentimento e acordo em direito penal- Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p.42-133.

³⁷ Assim, **PALMA, Maria Fernanda**, *Direito Penal- Parte Geral- Teoria Geral da Infração como teoria da decisão penal*, Lisboa, AAFDL, 2013, p. 9 ss.

punitiva³⁸, devíamos tratá-lo como “princípio do bem jurídico” uma vez que, a dignidade punitiva se refere ao bem jurídico que a incriminação visa proteger, ou seja, só depois de percebermos o que poderá ser considerado bem jurídico para o direito penal, podemos afirmar a sua dignidade punitiva. Assim sendo, àquele ramo do Direito- o que utiliza os meios mais restritivos dos direitos dos cidadãos- apenas será possível atuar sobre lesões a bens jurídicos delimitados na CRP. No fundo esta ideia transmite o que o artigo 18, n.º2 da CRP prescreve, sendo esta a base normativa do princípio da dignidade punitiva: só se poderão restringir direitos, liberdades e garantias (transformados em bens jurídicos) quando isso estiver funcionalizado à proteção de outros bens jurídicos constitucionalmente consagrados, devendo ambos, ter igual importância.

Parece consensual para a doutrina penalista³⁹, por isso, que os bens jurídicos deverão ser encontrados no acervo de valores positivados na CRP. É ela que nos dá um referencial objetivo e que nos permite selecionar estes bens que se exportarão depois para o direito penal. É essencialmente por este motivo que optámos por dedicar um capítulo deste trabalho à “procura” pelo direito constitucional que fundamentará o bem jurídico de que cuidamos aqui: a liberdade sexual.

Acontece, porém, que este reflexo entre os bens jurídico-penais e o texto da CRP, embora tenha que se verificar, não tem que acontecer de forma perfeita ou *ipsis verbis*. Antes, entre ambos, se tem que estabelecer, segundo FIGUEIREDO DIAS, uma “correspondência de sentido”⁴⁰ e não uma mera similitude literal. Se entendêssemos de forma contrária, podíamos ter um problema no que diz respeito à liberdade sexual, pois a CRP não consagra expressamente este “direito à liberdade sexual”. Porém, foi com base neste

³⁸ **COSTA ANDRADE, Manuel da**, “A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime” in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, n.º1, abril-junho, 1992, pp. 184 e 185; **PALMA, Maria Fernanda**, “Conceito Material de Crime e Reforma Penal” in: *Anatomia do Crime*, nº 0, julho-dezembro, Lisboa, IDPCC, pp. 18 e 19; **PIZARRO BELEZA, Teresa**, *Direito Penal*, V.I, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 1998, p.39-40; **PALMA, Maria Fernanda**, *Conceito Material de Crime, princípios e fundamentos*, 2ª ed. 1ª reimp., Lisboa, AAFDL Editora, 2017, pp. 78 e 79, dando nota, particularmente, da fluidez que o conceito de bem jurídico transporta em si.

³⁹ Assim, **PALMA, Maria Fernanda**, *Direito Constitucional Penal... Op. Cit.*, p. 13-19 e vide autores citados pela autora na nota de rodapé n.º 43.

⁴⁰ Desta forma, **FIGUEIREDO DIAS, Jorge de** “O direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional implícito” in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 145, maio-junho, Coimbra, Gestlegal, 2016, pp. 252 e 255.

sentido normativo que a interpretação dos preceitos constitucionais permite afirmar, que foi possível alcançarmos as conclusões que mais adiante adotamos.

O facto de o direito penal apenas poder proteger bens jurídicos, implica pelo contrário, que a moral, as meras ideologias ou a religião não poderão ser considerados como tal para efeitos da fundamentação de uma incriminação penal. Especificamente quanto à questão de a moral não poder relevar para o direito penal, alguns autores⁴¹ têm vindo a considerar que se ignorássemos totalmente este plano, as relações sexuais entre adultos, nomeadamente, as que não foram praticadas mediante violência ou, ainda, as que ocorreram após um consentimento formal, ficariam sem proteção penal. Não teriam suficiente relevo dentro da criminalidade sexual, pois representariam apenas a decorrência normal do falhanço de relações privadas. Entendemos que não precisamos de fazer elevar a moral a este patamar a fim de podermos proteger estes casos. Bastará, para tal, que se faça uma correta compreensão do bem jurídico liberdade sexual- verdadeiro âmbito de proteção dos crimes sexuais- entendendo-o como inseparável de um válido consentimento do ponto de vista jurídico-penal. Portanto, será apenas este o crivo pelo qual temos que passar para considerar que alguém está ou não a agredir a liberdade sexual de outrem.

O segundo princípio, a operar dentro do conceito material de crime, corresponde ao princípio da necessidade⁴² da atuação do direito penal. No fundo, pode até existir um bem jurídico penalmente digno- pois este existe enquanto valor espelhado na CRP- mas para o proteger pode não ser necessário o uso do direito penal enquanto detentor da sanção mais agressiva existente no sistema jurídico, a pena de prisão. Poderá, inclusivamente, revelar-se mais eficiente- porque menos criminógeno, por exemplo- utilizar outro meio por parte do Estado e isto também será imposto pelo próprio princípio da subsidiariedade ou da última *ratio* na utilização do direito penal.

⁴¹ Nomeadamente, **PALMA, Maria Fernanda**, *Direito Constitucional Penal...* Op. Cit, p. 78 e **PIZARRO BELEZA, Teresa**, *Direito Penal..* Op. Cit., p. 41.

⁴² **BECCARIA, Cesare**, *Dos Delitos e das Penas*, 4ª ed., tradução de José de Faria Costa, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 38-39, 64 ss; **PALMA, Maria Fernanda**, *Direito Constitucional Penal...* Op. Cit, pp. 54 ss e 107; **PIZARRO BELEZA, Teresa**, *Direito Penal*, Op. Cit., pp. 43, 44, 46 e 47; **ROXIN, Claus**, “O conceito de bem jurídico...” Op. Cit, p. 25; **COSTA ANDRADE, Manuel da**, “A dignidade penal e a carência de tutela penal...” Op. Cit., pp.185-187.

Ao longo das sucessivas revisões que o nosso Código Penal sofreu, desde o século XIX, até aos dias de hoje, verificaram-se alterações sensíveis à forma como se encara o bem jurídico tutelado pelos crimes sexuais.

Em traços propositadamente genéricos, sem qualquer pretensão de exaustividade, até ao CP de 1995⁴³ o que se protegia essencialmente com a previsão de tipos legais de crimes sexuais correspondia a uma moralidade partilhada, um bem jurídico supra-individual, propriedade de todos. Dentro desta moralidade inseriam-se imagens da sexualidade “normalizadas” ou padronizadas a partir das quais se preenchiam as previsões daqueles tipos de crimes. A partir daquela data, a organização sistemática do código foi alterada e passou a conceber-se as normas sobre crimes sexuais como protetoras de um bem jurídico individual- a liberdade sexual- relacionado com o mais profundo da intimidade de cada Homem.⁴⁴

Como crítica podemos já avançar que, em parte, esta alteração do bem jurídico não foi tão longe quanto o necessário. Seria essencial que esta alteração não se tivesse ficado pelo formalismo da mera alteração de um título, dentro da sistemática de um código, e tivesse resolvido problemas tão atuais como o preenchimento do conceito do “ato sexual de relevo”⁴⁵ presente no artigo 163.º do CP, para o qual ainda se aduzem argumentos de índole moral e se apelam a construções sociais sobre o que é “normal”, razoável ou não escandaloso para uma qualquer maioria tida em conta como referencial.⁴⁶

Esta mudança de bem jurídico exige que se efetue uma relação com a evolução da sociedade, que tem acompanhado as diversas legislações penais,

⁴³ Aprovado pelo DL n.º 48/95, de 15 de março. Com especial enfoque para parte do ponto 7. do preâmbulo que aqui reproduzimos: “A parte especial foi igualmente objecto de importantes modificações, desde logo no plano sistemático. Assim, é de assinalar a deslocação dos crimes sexuais do capítulo relativo aos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade para o título dos crimes contra as pessoas, onde constituem um capítulo autónomo, sob a epígrafe “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, abandonando-se a concepção moralista (“sentimentos gerais de moralidade”), em favor da liberdade e autodeterminação sexuais, bens eminentemente pessoais.”

⁴⁴ Como deixa claro **SILVA DIAS, Maria do Carmo**, A propósito do crime de violação: ainda faz sentido a sua autonomização?” in *Revista do Ministério Público*, n.º 81, Lisboa, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2000, p. 57 e 58.

⁴⁵ Como podemos concluir pelas palavras de **REIS ALVES, Sénio Manuel**, *Crimes Sexuais- Notas e comentários aos artigos 163.º a 179.º do Código Penal*, Coimbra, Almedina, 1995, pp. 10 ss: “E o que torna o acto importante, saliente, evidente? Em minha opinião, o facto de ofender em maior ou menor grau o sentimento de timidez ou vergonha relacionado com o instinto sexual, comum à generalidade das pessoas.” [Sublinhado nosso.]

⁴⁶ Assim, **MOURAZ LOPES, José**, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 4ª edição, 2008, p. 25.

bem como importa atentar na forma como a sexualidade é encarada com o avanço da sociedade.

Em grande medida, as problemáticas- desde o conceito de bem jurídico às questões sociológicas- para as quais temos vindo a deixar algumas notas breves seriam tema suficiente para uma dissertação. Pelo que, por razões de tempo e de agilidade no tratamento do tema específico que nos propomos a debater, optámos por apenas frisar o nosso conhecimento acerca destas questões, mas não por descrever pormenorizadamente as mesmas.

2.1. A descoberta de um fundamento constitucional: excursão breve pelo Capítulo V do Código Penal e pela CRP

Assim sendo, é relevante procurar perceber qual o fundamento constitucional para a elevação da liberdade sexual a bem jurídico, atendendo a que é na CRP que buscamos os valores essenciais comuns, na ótica de um Estado de Direito Democrático, bem como, ao nível do direito penal, é nela que buscamos os bens jurídicos dignos de proteção penal, tal como já anteriormente concluímos.⁴⁷

Se assumimos que, face ao tema da importância do bem jurídico, existe um relativo consenso, já quanto ao fundamento constitucional que apoia a consagração da liberdade sexual como bem jurídico-penal, a discussão, embora não esteja a ser realizada de forma tão intensa, não revela um alinhamento de opiniões tão claro como deveria (pois parece ser esta uma questão da maior relevância), dada a importância que a sexualidade adquire para o Homem, na sociedade atual.

Essencialmente, debater aquilo que a CRP nos diz sobre o que podemos encarar como o reduto da liberdade sexual, permite-nos perceber claramente os contornos deste bem jurídico. Este que ainda causa algumas perturbações

⁴⁷ “Um comportamento só pode ser considerado socialmente danoso quando se determinaram e ordenaram os bens e valores sociais básicos de uma comunidade. Tal determinação terá de fazer-se por via democrática e aparece-nos concretizada na CRP. (...) Fundamento de ilicitude material é assim a CRP.” In **NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz**, *O direito penal sexual...Op. Cit.*, pp. 101 e 102; **BRANDÃO, Nuno**, “Bem jurídico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual de proteção e a proibição do excesso”, in: J. Faria Costa et al. (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Coimbra, Instituto Jurídico, 2017, pp. 240-242; **ROXIN, Claus**, “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma posto à prova” in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 23, n.º1, jan-mar, tradução de Susana Aires de Sousa, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 35-41 e **FIGUEIREDO DIAS, Jorge De**, *Direito Penal- Parte Geral.. Op.Cit.*, pp. 13, 14, 118 a 120.

por encarar de frente alguns dos mais antigos problemas sociológicos e que conduz a considerações altamente subjetivas por parte do intérprete e do aplicador. A análise da CRP, permitir-nos-á recolher um sentido mais objetivo- talvez o mais racional possível- a dar à liberdade sexual enquanto bem jurídico. Compreendemos que não é uma discussão simples de ser realizada, uma vez que não há nenhum preceito constitucional que inequivocamente integre a liberdade sexual e lhe dê um fundamento sólido. Contudo, ao jurista é pedido que conjugue disposições e, juntamente com o labor da doutrina, construa a melhor definição que tenha a predisposição de auxiliar a resolução dos casos difíceis, como nos parece ser o caso dos da remoção/manipulação não consensual do preservativo *Stealth*, realidade que é abordada em específico neste trabalho.

Desta feita, será através da análise dos direitos constitucionais que incidem diretamente sobre a pessoa, isto é, os que se encontram consagrados como Direitos, Liberdades e Garantias, que procuraremos este fundamento para a liberdade sexual. Não efetuaremos esta procura quanto a todos os Direitos desta categoria constitucional (que se estende até ao artigo 52.º da CRP), mas apenas quanto aos que estão habitualmente associados aos crimes sexuais, ou seja, aqueles que visam proteger a camada mais interna da Pessoa.

2.1.1. O artigo 25.º CRP: o direito à integridade física

Antes de mais, cumpre fazer uma ressalva que visa explicar a necessidade que tivemos de espalhar o artigo 25.º da CRP. Para alguns autores⁴⁸ o direito à integridade pessoal, plasmado no artigo 25.º da CRP, tal como está construído, permitiria considerar que ínsito naquele estaria a liberdade sexual. O direito à integridade pessoal compreende o direito à integridade moral bem como o direito à integridade física⁴⁹. Porém, dificilmente encontramos construções doutrinárias que separem, em termos de conteúdo, ambos os direitos, quer

⁴⁸ Assim: **FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição**, “Crimes sexuais contra crianças e adolescentes”, in: *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3, n.º 3, p. 348; **SOTTOMAYOR, Maria Clara**, “O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista. A propósito do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de Abril de 2011.” in *Revista do Ministério Público*, n.º128, outubro-dezembro, Lisboa, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2011, p. 278

⁴⁹ Vide, **GOMES CANOTILHO, J.J./ MOREIRA, Vital**, *CRP da República Portuguesa Anotada*, 4.ª edição, Volume I, Coimbra, Wolters Kluwer- Coimbra Editora, 2010, p. 454.

porque a própria redação constitucional parece agrupá-los num só direito (o direito à integridade pessoal), quer porque, acreditamos que, a caracterização individual de cada uma das vertentes (veremos, mais à frente, que a integridade moral se torna mais complexa que a integridade física) se revela muito difícil, dada a dispersão de entendimentos jurisprudenciais e doutrinários sobre a abrangência deste artigo da CRP. Fizemos, porém, o esforço de tentar separar os dois direitos, fazendo o tratamento destes de forma dogmaticamente distinta.

Assim sendo, quanto à violação da integridade física, esta relaciona-se com atentados ao corpo do Homem, entendido como matéria física, corpórea. Ao invés, os ataques à integridade moral prendem-se com a ingerência naquilo que é o espírito, a alma do Homem, o que é seu, de mais subjetivo e próprio.

Com todo o respeito, não parece juridicamente perfeito conceber a liberdade sexual no âmbito de proteção do direito à integridade pessoal, uma vez que, para isso, teríamos que inserir, necessariamente, os atentados contra a liberdade sexual- materializados nos crimes sexuais- em três campos. Ou no campo da violação da integridade física, ou no da agressão à integridade moral, ou, ainda, no das chamadas ofensas mistas⁵⁰.

Considerando uma possível inserção da liberdade sexual no campo da violação da integridade física, é simples perceber que se tratam de bens jurídicos diversos. Para tal podemos recorrer ao popular caso do médico psiquiatra⁵¹ no qual, não ficou provado o requisito da existência de um dos meios típicos⁵² uma vez que se deu por assente o facto de não ter existido suficiente violência no ato de agarrar a cabeça da mulher a fim de que ela faça sexo oral ao agente. Não foi, assim, possível condenar o arguido pelo cometimento do crime de violação.

Porém, o tribunal dá uma solução que CONCEIÇÃO DA CUNHA⁵³ vem definir

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Acórdão do TRP, processo n.º 476/09.0PBBGC.P1, datado de 13.04.2011, Relatora: Eduarda Lobo.

⁵² Relembremos que em 2011- ano da decisão - ainda se encontrava consagrada a tipicidade de meios para a consumação do crime de violação. Em jeito de crítica podemos notar que foi dado, neste acórdão, um foco exclusivo à violência, o que nos parece redutor, pois admitimos que existissem outras alternativas que permitissem uma condenação por violação, uma vez que o artigo prevê mais meios típicos.

⁵³ **FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição**, "Conceito de violência no crime de violação, in *Revista portuguesa de ciência criminal*, A. 21, n.º 3, Coimbra, Coimbra Editora, julho-setembro, 2011, p. 474.

como contraditória. O ato de agarrar a cabeça foi suficiente para sustentar uma condenação por ofensa à integridade física, mas já não foi bastante para provar a violência que o crime de violação pressupunha naquela data.

É possível que esta diferença, do ponto de vista jurídico, nos choque pela incoerência (até normativa) e é exatamente por esta radicalidade que conseguimos descortinar dois bens jurídicos claramente distintos. Embora agarrar a cabeça de alguém corresponda a um ato de força inegável que poderá resultar em danos físicos de menor gravidade (foram estes provados através de exames médicos ou de marcas corporais?!) sabemos que o que esteve aqui verdadeiramente em causa foi um ataque à liberdade sexual da vítima, no fundo, o dolo do arguido seria adaptado ao que se exige para os crimes sexuais e não um dolo vocacionado para a ofensa ao corpo da vítima. O objetivo do agente não foi o de provocar lesões físicas no corpo da mulher, mas antes, praticar com ela coito oral. E é exatamente devido a esta falta de perceção, por parte dos decisores, de qual foi o bem jurídico que se quis deliberadamente atacar, que atribui a esta condenação uma falta de sentido, capaz de ser usada como exemplo para os efeitos que aqui se prosseguem.

Se pensarmos apenas do prisma do direito à integridade física, ficam por abranger todos os crimes sexuais que não implicam o uso da força, ou de qualquer outro meio que atue diretamente sobre o corpo da vítima. Em bom rigor, ficariam sem fundamento constitucional grande parte dos crimes sexuais ínsitos no Capítulo V do CP.

Atentando no artigo 163.º (Coação Sexual) verificamos que no n.º 1 são aí consagrados vários meios típicos através dos quais se pode assumir ter existido ingerência na liberdade sexual da vítima. Analisados com maior detalhe, veremos que os únicos meios que possuem uma relação direta com agressões ao corpo, isto é, capazes de violar a integridade física, são: a violência⁵⁴, o tornar inconsciente a vítima (tendo como finalidade a coação

⁵⁴ Devemos atentar que, especialmente depois da ratificação, por Portugal, da Convenção de Istambul, alguns autores têm afirmado que o conceito de violência englobaria a física e a psíquica. Podendo concordar ou não com esta posição de fundo, não parece razoável admitir que o legislador Português a quis verdadeiramente absorver. Como exemplo bastante para comprovar o que dissemos, surge-nos este: ao ser solicitada, para o cumprimento do n.º 1 do artigo 163.º do CP, a ameaça grave, dá-nos o legislador, claramente a nota de que pretende separar duas realidades, a primeira quanto aos meios que, sendo físicos, coagem a vítima fisicamente e a segunda, face aos meios que, atuando ao nível da mente da vítima, a compelem a ceder.

sexual da mesma) e a colocação da vítima na impossibilidade de resistir. Nestes três meios existe uma ação direta sobre o corpo da vítima⁵⁵, isto é, aqui conseguimos separar, claramente, a ofensa à liberdade sexual- materializada no próprio ato sexual não desejado e no que isso representa para a Pessoa pelo simples facto de o ser- e a ofensa ao corpo, separável em termos jurídicos.

No n.º 2 do mesmo artigo a evidência de que não pode ser este o bem jurídico considerado, ainda se torna mais clara. Neste número é consagrada a atipicidade de meios, deixando evidente que a violência (e, portanto, a hipotética lesão da integridade física) não é mais do que um dos meios possíveis.

Se analisarmos os n.ºs 1 e 2 do artigo 164.º (Violação) chegaremos a conclusões muito semelhantes às que aduzimos *supra*, mediante um raciocínio aproximado pelo que evitamos a repetição daquelas.

Ao avançarmos para o tipo penal patente no artigo 165.º (Abuso sexual de pessoa incapaz) não são feitas referências a quaisquer meios físicos para a concretização do abuso. É apenas exigido o aproveitamento de um estado físico pré-existente.

No preceito do artigo 166.º (Abuso sexual de pessoa internada) constata-se, novamente, a necessidade de aproveitamento de uma posição que privilegia a concretização do abuso em determinadas circunstâncias factuais. Mais uma vez, não temos como exigência deste artigo, qualquer autónoma lesão da integridade física para cumprimento do tipo.

Quanto ao tipo do artigo 167.º (Fraude sexual) também não se dá como essencial qualquer lesão à integridade física da vítima para que se opere o seu cumprimento. Bem pelo contrário, há até uma adesão (com base numa específica viciação do consentimento) da vítima à relação sexual.

Entendemos que o crime tipificado no artigo 168.º (Procriação artificial não consentida) representa um erro do legislador ao nível da sistemática do código, uma vez que acompanhamos PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE⁵⁶ quando o

⁵⁵ Nos casos em que foi utilizado qualquer estupefaciente, ou outro meio químico que permita causar alguma alteração física (podendo este termo ser interpretado como o conjunto corpo e mente) para efetivar a inconsciência/impossibilidade de resistir da vítima.

⁵⁶ **PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo**, *Comentário ao código penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª edição, Lisboa, Universidade

autor descortina neste artigo, outro bem jurídico- a liberdade de ser mãe- e não o bem jurídico “liberdade sexual”. É interessante analisarmos que, embora seja este um erro claro, existem duas curiosidades a apontar.

A primeira é a de que nos parece bastante mais claro, do ponto de vista constitucional, fundamentar o bem jurídico “liberdade de procriação”⁵⁷, no âmbito do direito a constituir família, instituído no artigo 36.º CRP, do que o bem jurídico que ora estamos a aprofundar. A segunda prende-se com o facto de não existir, no nosso CP, qualquer capítulo referente aos crimes contra a liberdade de procriação, pelo que, a resolução deste erro passaria, necessariamente, por uma mudança legislativa.⁵⁸

Os crimes constantes dos artigos 169.º (Lenocínio) e 170.º (Importunação sexual) também não têm como pressuposto qualquer lesão da integridade física da vítima, não deixando de se notar dois traços importantes. Quanto ao primeiro tipo por nós elencado, a violência, é apenas uma circunstância agravante, atendendo ao disposto na alínea a) do n.º 2 do artigo 169.º CP⁵⁹. Face ao segundo tipo, há a dizer que o constrangimento consagrado, como hipótese de realização do crime, pode implicar, segundo PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE⁶⁰, “uma qualquer pressão física”, mas que seja suficiente para que exista o contacto corpo a corpo com a vítima (especialmente quando nos referimos aos casos de “contato de natureza sexual”). Pressão física, contacto físico e violência não são sinónimos.

Quanto aos restantes crimes sexuais constantes do artigo 171.º (Abuso sexual

Católica Editora, 2015, p. 668. Vide a vasta bibliografia indicada pelo autor no ponto 2 que o acompanha nesta tomada de posição contra a organização legislativa.

⁵⁷ Assim, **GOMES CANOTILHO, J.J. MOREIRA, VITAL**, *CRP da República Portuguesa...*, Op. Cit., p. 566. Embora a liberdade de procriação não esteja tal e qual assim descrita nos preceitos constitucionais, a conjugação do n.º 1 do artigo 36.º da CRP (“Todos têm o direito a constituir família...”) com a alínea d) do n.º 2 do artigo 67º da CRP (“Incumbe ao Estado.... d) Garantir, no respeito pela liberdade individual, o direito ao planeamento familiar... que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes.”) permitem retirá-la com relativa segurança, pois não se concebe o exercício de qualquer destes direitos sem uma base de autêntica liberdade.

⁵⁸ Tal como é proposto por **PEREIRA, Rui Carlos**, “Liberdade Sexual na reforma do Código” in. *Sub-Judice Justiça e Sociedade*, n.º 11, janeiro-junho, Coimbra, Almedina, 1996, p. 45 e **PIZARRO BELEZA, Teresa**, “Sem sombra de pecado: o repensar dos crimes sexuais na revisão do código penal” in. *Separata Jornadas de direito criminal- Revisão do Código Penal*, 1996, p. 20.

⁵⁹ Se atentarmos, através da construção desta alínea, o legislador deixou patente a diferença entre praticar violência física e violência psíquica. Separando, claramente, a violência *per si* da ameaça grave (reveladora de violência psíquica).

⁶⁰ *Comentário ao código penal à luz da CRP da República...*, Op. Cit., p. 667.

de crianças) ao artigo 176-A.º (Aliciamento de menores para fins sexuais), isto é, aqueles que correspondem aos crimes sexuais praticados contra menores, veremos que a violência não é elemento típico destes tipos penais, sendo apenas utilizada enquanto agravante, exclusivamente para alguns deles ⁶¹.

Abstraímo-nos, nesta sede, de discutir qual o bem jurídico por detrás desta tipologia de crimes, visto que, uma vez mais, discutir esse assunto afastar-nos-ia do tema central deste trabalho. Porém, devemos alertar para o facto de aderirmos à posição de INÊS FERREIRA LEITE⁶², entendendo-se, portanto, que ainda aqui se fala também de verdadeira liberdade sexual e não de outro bem jurídico ramificado daquele: a autodeterminação sexual. Desta forma, quando nos referimos à criminalidade sexual contra crianças, estamos ainda legitimados a debater qual o fundamento constitucional para a violação do bem jurídico liberdade sexual.

Assim sendo, nos crimes contra a liberdade sexual dos menores, nenhum dos tipos exige a violência, e assim, a violação do direito à integridade física, como pressuposto típico.

2.1.2. O artigo 25.º CRP: o direito à integridade moral

Integrado no artigo 25.º da CRP está, também, o direito à integridade moral. Saber exatamente do que se trata este direito não é tarefa fácil. Se atentarmos ao conteúdo de o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 418/2013⁶³ veremos que, embora correspondendo este a um caso que assume contornos afastados da liberdade sexual, é, para o estudo desta, capaz de se revelar frutífero pois é possível extrair conclusões que a esta são aplicáveis.

O caso é o de um automobilista alcoolizado que, ao ser interpelado pelas autoridades policiais e verificada a necessidade de se efetuar análises ao

⁶¹ A saber, nomeadamente: alínea a) do n.º 2 do artigo 175.º e o n.º 3 do artigo 176.º.

⁶² **FERREIRA LEITE, Inês** “A Tutela Penal da Liberdade Sexual”, publicação que reflete a comunicação da autora no âmbito do I Curso Pós-graduado de Aperfeiçoamento em Direito da Investigação Criminal e da Prova, na Faculdade de Direito de Lisboa, em abril de 2010, p. 7. Em sentido semelhante, **VAZ PATTO, Pedro**, “Direito Penal e Ética Sexual” *In Direito e Justiça*, Volume XV, tomo 2, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa Editora, 2001, pp. 136 e 137. Embora não deixando de focar que, nos crimes sexuais contra menores, também o menor possui igual dignidade àquela que falaremos para os crimes sexuais praticados contra adultos. No fundo, o artigo 1.º da CRP não faz distinção quanto ao estágio de desenvolvimento da pessoa.

⁶³ Processo n.º 120/11, 3.ª Secção, Relatora: Conselheira Catarina Sarmento e Castro.

sangue para comprovar aquela condição, constata-se a impossibilidade, daquele, face ao estado de embriaguez em que se encontrava, de prestar qualquer resposta que evidencie o reflexo da sua vontade (portanto, tanto ao nível do assentimento como da recusa). Perante este cenário, colocou-se a seguinte questão: a feitura da análise sanguínea, nas condições de (in) capacidade de expressão da vontade em que se encontrava o suspeito, não representará uma violação do artigo 25º. CRP (integridade pessoal)?

O tribunal respondeu a tal interrogação mediante a decomposição do próprio artigo constitucional. Entendendo-o como contendo inseparavelmente, duas valências: a do direito à integridade física e a do direito à integridade moral.

Quanto à primeira valência, o tribunal optou por fazer um juízo de proporcionalidade, assumindo que, embora a análise sanguínea represente uma ingerência física, o facto de esta ser realizada em determinadas condições de segurança e algo protocoladas, equilibraria os pratos da balança.

A segunda valência é, contudo, aquela que mais importa para a definição que procuramos nesta sede. Esta jurisprudência considerou que a integridade moral e a vontade livre de cada pessoa são inseparáveis, assumindo que é dever do estado (e de todos os particulares) respeitar a livre manifestação da vontade de cada pessoa. Tendo concluído, no entanto, que não existindo uma recusa expressa por parte do suspeito, não se constatou uma violação direta da vontade⁶⁴, não se podendo, portanto, afirmar a violação deste direito constitucional.

Tentando fazer a passagem do raciocínio subjacente a esta posição jurisprudencial para o campo dos crimes sexuais, veremos que ele pode ser razoável para certos casos, mas manifestamente insuficiente para outros.

Se pensarmos em certos crimes sexuais, onde o dissentimento da vítima é inequívoco, isto é, onde é patente que aquela relação sexual, naquelas condições factuais específicas, não era desejada por um dos intervenientes⁶⁵, é

⁶⁴ “No tocante à integridade moral ou psíquica, enquanto bem jurídico relativo à autodeterminação e livre manifestação de vontade de cada pessoa, diremos que a ressonância que sobre a mesma se produz pela recolha de amostra de sangue, nas circunstâncias em análise, resulta não da direta violação da vontade do examinando – como sucederia, caso se admitisse a execução forçada da recolha, perante a recusa - mas da impossibilidade de considerar tal vontade, no sentido de executar a intervenção, apesar do estado do examinando não lhe permitir prestar ou recusar o consentimento.” *In* Acórdão do TC n.º 418/2013.

⁶⁵ Conseguimos perceber que no crime de violação, a vontade do agente se substitui à da vítima, isto é, não há qualquer dúvida de que no âmago deste tipo de crime está uma ausência

aceitável pressupormos que existe uma clara violação da integridade moral da vítima, segundo o defendido por este tribunal.

Porém, se focarmos noutros tipos de crimes sexuais: o abuso sexual de pessoa incapaz de resistência (165.º CP), o abuso sexual de pessoa internada (166.º CP), a fraude sexual (167.º CP), entre outros, constatamos que não há nestes qualquer oposição da vítima, em termos diretos⁶⁶. Nestes, podemos ter casos, onde: ou não existe qualquer vontade, porque se verifica algum condicionalismo físico ou psíquico⁶⁷ que impede uma reação frontal ou, se pensarmos no caso da fraude sexual (167.ºCP), pode até existir uma relação sexual fruto da vontade “livre” da vítima e desejada, embora o seja devido ao engano.

Porém, em nenhum destes casos se vê violado o direito à integridade moral, de acordo com a jurisprudência a que aludimos acima. E porquê? Em nenhuma destas hipóteses existe uma oposição clara por parte da vítima, oposição a ser eventualmente contrariada pelo agressor.

Ficam por ressaltar, ainda, os casos de *Stealththing*. Nestes, há também, uma vontade sexual inicial- que se manterá possivelmente até ao fim da relação sexual, caso a vítima não se aperceba da retirada do preservativo- e não qualquer oposição expressa. Assim sendo, o direito à integridade moral, como fundamento constitucional de base para a liberdade sexual não funcionará para estes casos.

Em síntese, o direito à integridade moral, não pode, segundo melhor entendimento, ser suficiente para fundamentar constitucionalmente a liberdade sexual enquanto bem jurídico. Sê-lo-ia se apenas considerássemos este bem jurídico apenas na sua vertente negativa, isto é, aquela que prevê a necessidade de proteger cada individuo de ingerências indesejadas na sua esfera sexual, podendo dizer não e ser protegido pelo poder estatal, caso aquelas se verifiquem.

Contudo, tendo também uma vertente positiva- a que se caracteriza por cada pessoa poder conformar, em total liberdade, a sua vida sexual- o bem jurídico

total de vontade por parte da vítima.

⁶⁶ Não significa isto, *a contrario sensu*, que nos crimes onde existe a referida oposição expressa, esta tem que se refletir numa luta sem fim, ou que não se deva assumir a possibilidade lógica de que o medo paralisa e essa paralisação possa ter a aparência de adesão. Quer-se apenas mostrar a diferença entre a existência de qualquer um destes comportamentos e a de situações onde não existe oposição expressa da vítima.

⁶⁷ Relembrando que nos artigos 165.º e 166.º há um aproveitamento de um estado físico ou psíquico que facilmente impede a vítima de reagir frontalmente, opondo-se.

possui um conteúdo mais profundo do que o mero relacionamento da agressão com a oposição expressa da vítima e com a proteção posterior por via judicial (vertente negativa).

Esta vertente do bem jurídico vai mais fundo. Pretende que as condições da prática sexual sejam escolhidas, isto é, que o “quando?”, o “com quem?” e o “sob que condições?”, sejam efetivamente perguntas respondidas (e vertidas no momento da prática sexual). É essencial, contudo, que cada pessoa queira obter estas respostas e não que elas sejam uma exigência da moral: uma vida sexual sem que a resposta a estas perguntas seja obrigatória, é também ela uma possibilidade num Estado de Direito⁶⁸. O critério é, portanto, o da liberdade plena do portador do bem jurídico que este espera não ver prejudicada pela ação de outra pessoa.

Assim sendo, o bem jurídico não pode estar constitucionalmente ancorado numa perspetiva de ter ou não existido uma violação direta da vontade da vítima, sendo esta a base de construção da “violação da integridade moral” segundo a jurisprudência a que acima nos referimos⁶⁹. Isto porque, a acompanharmos esta decisão, deixaríamos carentes de proteção todos aqueles casos em que a vítima

⁶⁸ Assim, **NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz**, *O direito penal sexual: conteúdo e limites...Op. Cit.*, p. 140.

⁶⁹ Embora assumamos que o estudo da integridade moral como direito constitucional não foi o foco deste trabalho, nem o foi também, a pesquisa pela jurisprudência neste campo, ambos os “desvios” se mostraram particularmente produtivos. Os resultados desta procura oscilaram entre: a consideração do direito à integridade moral em associação com aos direitos fundamentais de personalidade, em especial no âmbito da proteção da saúde, *vide*, p.e. Acórdão do STJ, Processo n.º 7613/09.3TBCSC.L1.S1, 1.ª secção, Relator: Alexandre Reis e Acórdão do STJ, Processo n.º: 2209/08.0TBTVD.L1.S1, 7.ª secção, Relator: Granja da Fonseca; a relação entre o direito à integridade moral e o assédio moral (o “mobbing”), *vide* Acórdão do STJ, Processo n.º 429/09.9TTLSB.L1.S1, 4.ª secção, relator: Gonçalves Rocha; e a evidência da forte ligação entre o direito à integridade moral e a tutela geral da personalidade do ponto de vista civilístico, nomeadamente no conflito entre o direito ao bom nome e à liberdade de imprensa, assim, Acórdão do STJ, processo n.º 159/09.1YFLSB, 7.ª secção, relator: Alberto Sobrinho.

Foi também possível encontrar, especificamente no âmbito do direito processual penal, alguns acórdãos que relacionam os métodos proibidos de prova (artigo 126.º CPP) com a violação da integridade moral do suspeito/arguido (artigo 25.º CRP). Assim: Acórdão do STJ, processo n.º 911/10.5TBOLH.E1.S1, 5ª secção, Relator: Santos Carvalho; Acórdão do TRP, processo n.º 1659/10.6JAPRT.P1, Relator: Maria Deolinda Dionísio e Acórdão do TRE, processo n.º: 558/13.4GBLLE.E1, Relator: António João Latas.

Como abreviadamente é possível constatar, o conteúdo desse direito constitucional é tão amplo que só por esse motivo não permite dar respostas cabais ao problema que ora nos ocupa. Compreendemos que não estando a liberdade sexual, como tal, assim descrita na CRP, sempre teremos que procurar um fundamento algo lateral (não expresso). Contudo, a nosso ver, é possível encontrá-lo num artigo cujo âmbito de aplicação seja mais direcionado para a realidade dos crimes sexuais e, consequentemente, para a da liberdade sexual enquanto bem jurídico no ordenamento jurídico português.

não se opôs frontalmente- por estar enganada, impossibilitada fisicamente, por ter sido alvo de fraude, entre muitas outras possibilidades- mas onde a vertente positiva da liberdade sexual não se viu cumprida e, dessa forma, foi violado o bem jurídico.⁷⁰

2.1.3. O artigo 27.º CRP: O direito à liberdade e segurança

Ao analisar o corpo de todo o artigo 27.º da CRP, é relativamente fácil concluir que este não nos surge como expressão de uma cláusula geral de liberdade pessoal, como a que consta do artigo 13.º (Parte I, Título I) da CRP Italiana⁷¹, mas antes enquanto noção de liberdade mais restrita. Restrita não no que toca à sua importância no contexto de um Estado de Direito, mas antes por se circunscrever a um sentido de liberdade específico- o da liberdade em sentido ambulatorio.

E é esta noção de liberdade física, associada, por alguns, à liberdade de locomoção⁷² que se revela insuficiente⁷³ para arreigar constitucionalmente o bem jurídico que pretendemos. A insuficiência acontece porque não podemos negar que, salvo melhor opinião: 1) o artigo não nos revela a liberdade pessoal como bem jurídico, em bruto e 2) os crimes sexuais, na sua execução, não implicam sempre restrições à liberdade física.

A liberdade física, torna-se, desta forma, uma das “liberdades” a proteger,

⁷⁰ Estamos cientes que o que dizemos pode transparecer uma defesa de que é papel do direito penal proteger isoladamente a liberdade sexual na vertente positiva, crítica desenvolvida por **TORRÃO, Fernando**, “A propósito do bem jurídico protegido...”, *Op.Cit.*, pág. 563. Porém, não entendemos que o que dizemos possa realmente constituir uma proteção excessiva da liberdade sexual positiva, pois, defender a posição jurisprudencial que concebe a violação da integridade moral apenas quando existe uma recusa expressa da parte da vítima, levar-nos-ia a considerar a liberdade sexual apenas como possuindo uma das valências. O “ponto ótimo” de que nos fala este autor está precisamente no equilíbrio dos pratos da balança: não pender esta totalmente para a vertente negativa ou completamente para a vertente positiva, precisamente porque ambas trabalham para o mesmo fim, por forma a que se compatibilizem.

⁷¹ Em particular se compararmos o disposto no artigo 13.º com o que o artigo 16.º, ambos da CRP italiana, na qual, o primeiro visa proteger, inequivocamente, uma liberdade geral do Homem, o segundo, por outro lado, tutela a liberdade ambulatoria. CRP Italiana disponível em: [https://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20\(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano\)/Costituzioneitaliana-Portoghese.pdf](https://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano)/Costituzioneitaliana-Portoghese.pdf) [último acesso a 30.12.2018].

⁷² **MIRANDA Jorge e MEDEIROS Rui**, *CRP Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra, Wolters Kluwer- Coimbra Editora, 2010, p. 638

⁷³ É possível constatararmos que para **PEREIRA, Rui Carlos**, “Liberdade Sexual na reforma...”, *Op. Cit.*, p.1, a liberdade do artigo 27.º CRP é apta a constituir a base constitucional da liberdade sexual.

contudo, não nos é possível, atendendo à literalidade que a norma constitucional possui, na sua totalidade, conceber que está ínsita nesta a liberdade sexual.

Frisamos, no entanto, que a jurisprudência constitucional e a doutrina têm avançado outro entendimento, nomeadamente, em matéria penal, quanto à fundamentação do princípio da culpa⁷⁴. Entendemos, porém, que uma interpretação conjunta da norma constitucional não permite afastarmo-nos desta noção de liberdade quanto aos movimentos físicos do Homem. E isto mesmo se analisarmos o n.º 1 do artigo 27.º da CRP isoladamente, pois o direito à liberdade vem acompanhado do direito à segurança, o que significa, necessariamente que não pretende ser esta uma cláusula geral de liberdade pessoal. A ser assim, a segurança não teria qualquer relação com esta, não devendo ambas, por este motivo, coexistir no mesmo normativo. É possível relacionar a liberdade de movimentos, por exemplo na via pública, com o direito à própria circulação em segurança.

Não se pode dizer o mesmo face à liberdade pessoal do indivíduo que, por se encontrar no íntimo deste, não é passível desta objetivação tão clara. Ao associarmos o que acabámos de dizer, com o disposto no n.º 2 do artigo 27.º, parece ficar reforçada esta argumentação.

Tal como deixámos apenas enunciado anteriormente, as opiniões que não nos acompanham, têm encontrado neste artigo base suficiente para ancorar o princípio da culpa, um dos grandes chavões do direito penal.

Este só se vê plenamente cumprido quando o agente dispõe de liberdade suficiente para agir de acordo com o Direito. Tem este princípio, assim, uma estreita ligação com a liberdade pessoal. E esta corresponde ao reduto da livre conformação das decisões, dado a todos os Homens, pelo simples facto de o serem, no seio de um Estado de Direito.

No entanto, não cremos que será deste artigo 27.º da CRP que seja possível fundamentar este princípio basilar. E parece razoável afirmar que a doutrina e jurisprudência que defendem o contrário têm alguma noção da insuficiência

⁷⁴ Assim, invocando em conjunto, para efeitos de fundamentação constitucional do princípio da culpa, o artigo 27.º CRP e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana do artigo 1.º da CRP: Acórdão do TC n.º 341/2018, Processo n.º 409/18, 3ª Secção, Relatora: Cons.ª Maria José Rangel Mesquita e Acórdão do TC n.º 432/2002, Processo n.º 326/02, 1ª Secção, Relatora: Maria Helena Brito.

literal que este artigo possui para poder cumprir os propósitos de liberdade que pretendem. Isto porque a defesa desta suposta cláusula de liberdade pessoal vem sempre acompanhada do artigo 1.º da CRP, quase como se fosse necessário buscar um complemento, este sim, já mais inequívoco.

O que aqui defendemos deve relacionar-se com o facto de a liberdade sexual existir independentemente de qualquer relação do corpo com o espaço físico, isto é, pode continuar a conseguir-se falar de liberdade sexual mesmo quando não se verifica qualquer restrição à liberdade de movimentos, bem como por outro lado, continua a ser lógico encontrar dois bens jurídicos diferentes quando haja restrição de ambas as liberdades⁷⁵, uma vez que ambas protegem dimensões diferentes do Homem.

Esta necessidade de isolarmos a liberdade sexual enquanto expressão de uma “outra” liberdade, distinta da que existe para o plano dos movimentos, pode fundamentar-se na atual conceção da vida sexual- e da sua conformação em condições de liberdade- como parte modeladora fundamental da construção do Ser Humano como tal. A ligação umbilical com a camada mais profunda do Homem justifica a consideração da liberdade sexual como uma “outra” liberdade, de importância paralela à liberdade física.

2.1.4. O artigo 1.º CRP: Princípio da dignidade da pessoa humana

Alguns autores⁷⁶ sustentam a liberdade sexual no artigo 1.º da CRP, isto é, baseiam fundamentação daquela no princípio da dignidade humana. Este postula que a dignidade de cada Homem deve constituir um referencial

⁷⁵ Parece uma conclusão a extrair logicamente, atendendo a que existem, ao nível do código penal, tipos de crimes diferentes a aplicar mediante a violação de cada uma destas liberdades. Assim, os crimes de sequestro (art.º 158.º) ou de rapto (art.161.º) tutelam um bem jurídico, este sim, relacionado o art.º 27.º. Daqui se retira que são necessariamente “liberdades” diferentes: a liberdade sexual e a liberdade em sentido físico, o que justifica, também, a criação de tipos penais diferentes. Assim, de forma bem explicativa, Acórdão STJ de 12-07-2012, Processo n.º 456/08.3PTLSB.L1.S1, Relator: Sousa Fonte.

⁷⁶ Assim, **TORRÃO, Fernando**, “A propósito do bem jurídico protegido...”, *Op. Cit.*, pág. 559 e 560, defende que a liberdade sexual está ancorada no artigo 1º CRP, numa lógica de “repartição de liberdades”; **FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição**, “Conceito de violência no crime de violação...” *Op. Cit.*, pág. 464, adere à dignidade da pessoa humana concreta como fundamento para o bem jurídico e **VAZ PATTO, Pedro**, “Direito Penal e Ética Sexual” *Op. Cit.* 1, p. 133, 134 e 144, embora, este último autor pareça querer, se não substituir a liberdade sexual, pelo menos retirar-lhe algum peso, para atribuir importância à “dignidade da pessoa humana enquanto bem jurídico”.

primário e prévio a qualquer consideração posterior.⁷⁷

A essência do princípio da dignidade da pessoa humana integrada e interpretada à luz de um Estado de Direito, compreende a não objetificação⁷⁸ (e reflexamente a não instrumentalização) do Homem para quaisquer finalidades extrínsecas à pessoa individualmente considerada⁷⁹.

O foco deste princípio não poderá deixar de residir na autonomia inata que se deve reconhecer a todos os Homens. É de entender que com a consagração da dita criminalidade sexual, o que o legislador penal pretendeu proteger foi a perpetração de agressões à liberdade sexual, entendendo-se estas enquanto restrições à autonomia de cada Homem na condução livre da sua própria vida sexual.

A autonomia⁸⁰ e a autodeterminação correspondem ao âmago da vertente positiva da liberdade sexual, como adiante veremos, bem como preenchem o conteúdo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana⁸¹. Desta forma podemos admitir que o objeto de proteção de ambas as realidades jurídicas é o mesmo.

Atendendo ao conteúdo pouco densificado, em parte por se configurar como um princípio, a jurisprudência⁸² tem vindo a interpretar os conflitos que lhe são

⁷⁷ O “dado prévio” segundo **GOMES CANOTILHO** e **MOREIRA, Vital**; *CRP da República Portuguesa Anotada... Op. Cit.*, p. 199.

⁷⁸ A agressão sexual como um ato de domínio que objetiva: **BATARRITA ASUA ADELA**, “Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico” in *Análisis del código penal desde la perspectiva de género*, 1998, p. 21.

⁷⁹ Nem toda a doutrina assume que a chamada “Fórmula do Objeto” de Kant constitua a melhor definição deste princípio, essencialmente, pela manipulação que a vagueza de sentido pode proporcionar. Assim, **CRORIE MAC, Benedita**, “O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do tribunal constitucional.” In *Estudos em Comemoração do 10º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Almedina, Coimbra, 2004.

⁸⁰ Podemos assumir como curioso que em **MIRANDA Jorge e MEDEIROS Rui**, *CRP Portuguesa... Op. Cit.*, p. 88 se enunciam vários direitos que visam precisamente proteger violações da autonomia da Pessoa mas não se encontra, neste rol, qualquer referência à violência sexual, o que parece evidenciar uma falha incompreensível pois estamos em face de uma espécie de liberdade- a sexual- que em tudo se relaciona com a autonomia, não existindo uma sem a outra.

⁸¹ Com isto podemos afirmar também o reverso: as violações à autonomia ou as limitações à autodeterminação da pessoa, como as que acontecem nos crimes sexuais, representam agressões à “essencial dignidade humana”. Expressão utilizada por **FIGUEIREDO DIAS, Jorge**, “Revisitações de algumas ideias-mestras da teoria das proibições de prova em processo penal” in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 146.º, n.º 2000, Coimbra, Gestlegal, setembro-outubro de 2016, pp. 10 e 15, com o intuito de delimitar a fluidez que este princípio tem assumido e que preocupa o autor.

⁸² Sobre tudo o TC, quanto a variadas temáticas. Porém, para os efeitos deste trabalho, dedicamos mais atenção às pronúncias que relacionam a criminalização do lenocínio (enquanto suposto crime sexual) e o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, por exemplo, Acórdão n.º 144/2004 Processo n.º 566/2003, 2.ª Secção, Relator: Cons.ª Maria

propostos, à luz do que o conteúdo da dignidade humana tem para oferecer. Quanto aos crimes sexuais, esta intervenção do princípio constante no art.1.º da CRP, tem-se mostrado presente, especialmente na discussão sobre a correção jurídica da criminalização do lenocínio⁸³. Abstraímo-nos, naturalmente, de efetuar considerações sobre a admissibilidade da existência deste crime na ordem jurídica portuguesa, contudo, não podemos ignorar o contributo que esta questão tem dado para que se possa caminhar no sentido de interligar a criminalidade sexual com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Sucintamente, a fundamentação da criminalização desta prática ocorre por via da consideração de que explorar de forma lucrativa a sexualidade de alguém, ainda que com o seu consentimento⁸⁴, corresponde a utilizar o Homem como meio para alcançar um fim, e não, como se prescreve, como fim em si mesmo. À parte de considerarmos a criminalização do lenocínio questionável⁸⁵, cremos que a consideração deste argumento pela jurisprudência constitucional poderá ser aplicável ao *Stealth*, assumindo que, nos casos que são o alvo do nosso trabalho, não existe consentimento para a prática do ato sexual naquelas condições de execução e há, assumidamente, da parte do agressor, uma instrumentalização da vítima. Assim é, pois, esta é desconsiderada como

Fernanda Palma., Acórdão n.º 196/2004 Processo n.º 130/04, 2ª Secção, Relator: Cons.º Paulo Mota Pinto e Acórdão n.º 303/2004, Proc. N.º 922/03, 1ª Secção, Relatora: Cons.ª Maria Helena Brito.

⁸³ **AMARAL, Maria Lúcia**, “O Princípio da Dignidade Da Pessoa Humana na Jurisprudência Constitucional Portuguesa” in. *Liber Amicorum José de Sousa Brito*, Augusto Silva Dias. João António Raposo et al. (orgs.), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 963-964.

⁸⁴ É importante discutir qual o critério que permitirá distinguir os casos de verdadeira instrumentalização do Homem, isto é, de aplicação pura do princípio da dignidade da pessoa humana, dos que apenas serão reflexo do uso pernicioso deste valor constitucional. Podemos fazer esta comparação recorrendo ao exemplo da execução de filmes pornográficos face a alguns dos crimes sexuais. Este critério não pode deixar de ser o consentimento prestado livremente que, no primeiro caso, existe e pode até ser encarado como o livre exercício de uma profissão- a de ator/atriz- e o não consentimento livre, característico de qualquer dos tipos penais referentes aos crimes sexuais. Neste crivo não passará, eventualmente, o crime de lenocínio, tal como está hoje consagrado no artigo 169.º, não se encontrando, portanto, justificada a sua criminalização. Com uma argumentação que nos parece muito semelhante, embora aduzida em exclusivo para a questão da admissibilidade penal do tipo de lenocínio simples, **SILVA DIAS, Augusto**, “Reconhecimento e Coisificação nas Sociedades Contemporâneas- Uma Reflexão sobre os Limites da Intervenção Penal do Estado in. *Liber Amicorum José de Sousa Brito*, Augusto Silva Dias. João António Raposo et al. (orgs.), Almedina, Coimbra, 2009, p.129-131.

⁸⁵ **MOURAZ LOPES, José**, Os crimes contra... *Op.Cit.*, p. 71; **RAPOSO, Vera Lúcia** “Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual”, in. *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, M. da Costa Andrade. Faria Costa et al. (orgs.) Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 950, numa posição mais moderada, face à opinião do primeiro autor, mas apenas considerando justificada a incriminação do n.º2 do art.º. 169.º.

pessoa dotada de autonomia nas suas decisões e utilizada como meio para o alcance de uma vontade própria e assumidamente unilateral. É o reflexo da relação “amo-servo” que AUGUSTO SILVA DIAS⁸⁶ repesca na qual o amo subjuga à sua vontade, a vontade do servo. É precisamente a dominação que ocorre- evidentemente sem o consentimento do servo, ou com um consentimento sem verdadeira liberdade- nesta relação desigual que transforma ambos em seres não livres. Isto pelo facto de a liberdade ser apenas passível de se entender enquanto reconhecimento mútuo da liberdade do outro, ou seja, quando o amo não reconhece, na pessoa do servo, a liberdade inata e universal de todos os Homens, não está capaz de reconhecer a sua própria liberdade. Nestas relações, há “só servos”⁸⁷ e nenhum Homem intrinsecamente livre. Desta forma, é esta metáfora aplicável, em bom rigor a todo o direito penal⁸⁸, mas atendendo a que aqui cuidamos dos crimes sexuais em especial, aplica-se especificamente às relações não consensuais que se estabelecem na execução destes tipos de crimes. E para tal não carecemos de adicionar lesões a outros bens jurídicos (como a integridade física ou a liberdade de procriação) bastando que se verifique, *in casu*, a falta de um encontro de vontades livres.

Como já é possível prever, a escolha por colocar, neste trabalho, o artigo 1.º da CRP, no final deste capítulo, não foi em vão. Todos os direitos que invocámos acima se reconduzem, de forma inevitável, ao princípio da dignidade da pessoa humana.⁸⁹

A discussão sobre cada um deles é necessária para que se consiga encontrar o fundamento técnico-jurídico mais preciso para a liberdade sexual. Contudo, não tendo sido esta consagrada diretamente pelo nosso legislador constitucional⁹⁰, este princípio- talvez o mais importante do Estado de Direito,

⁸⁶ “Reconhecimento e Coisificação nas Sociedades Contemporâneas- Uma Reflexão sobre os Limites da Intervenção Penal do Estado”, *Op. Cit.*, pp. 113-120.

⁸⁷ *Idem*, p. 119.

⁸⁸ *Idem*, pp. 120-131.

⁸⁹ Assim, por exemplo, **MIRANDA, Jorge** e **MEDEIROS, Rui**, *CRP Portuguesa... Op. Cit.*, p. 552, p. 607, p. 637 e **MIRANDA, Jorge**, “A CRP e a Dignidade da Pessoa humana” *in. Didaskalia*, V. XXIX, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1999, pp. 477, 483 e 485.

⁹⁰ É interessante refletirmos nos “direitos fundamentais não escritos” que são (ou poderão vir a ser) revelados pela aplicação jurisprudencial do princípio da dignidade da pessoa humana e pensar na possibilidade de a liberdade sexual poder vir a constituir um destes. Assim, **AMARAL, Maria Lúcia** *in. “O Princípio da Dignidade Da Pessoa Humana... Op. Cit.* pp. 956-963. Não podemos ignorar que um certo sector da doutrina tem vindo a repudiar certas

valorativamente falando- alberga todos os direitos relativos à liberdade, inclusivamente a liberdade sexual. Possui assim, a capacidade de justificar, ainda que abstratamente- no plano dos valores constitucionais- a inclusão dos casos de *Stealththing* nos crimes sexuais, nestes que foram considerados como protetores da liberdade sexual, pelo legislador.

Isto pode assim ser afirmado, pois não podemos deixar de considerar que na retirada não consensual do preservativo existe um desprezo pela liberdade alheia e um uso desta desconsideração para cumprimento de uma vontade própria⁹¹. Há, portanto, um esquecimento da pessoa-vítima e a utilização desta como meio para finalidades alheias pertencentes à pessoa-agressor (estejam estas: relacionadas ideias seculares típicas da violência de gênero; associadas a situações de sabotagem contracetiva com finalidades procriativas, entre outras hipóteses imagináveis...).

A dignidade tem como pressuposto principal a liberdade e é mediante o respeito por esta liberdade que podemos afirmar que também a exigência da dignidade da pessoa humana se encontra cumprida, sendo o inverso do que dizemos também válido.

orientações jurisprudenciais que concebem como válida a fundamentação de uma incriminação, tendo por base o princípio da dignidade da pessoa humana, num dado caso concreto. Assim, **FIGUEIREDO DIAS, Jorge de**, “O direito penal do bem jurídico como princípio jurídico...” *Op. Cit.* pp. 260 e 261 por considerar que este princípio corresponde ao fundamento geral do estado e portanto, como último reduto também do direito penal. Desta forma, este não seria apto a constituir a base de uma incriminação só pela sua simples invocação. De facto, se pensarmos bem, dada a vasta amplitude que este princípio adquire, por compreender o Homem em todas as suas valências, qualquer incriminação- por mais moralizante, ideológica ou religiosa que fosse- estaria protegida. Por outro lado, **ROXIN, Claus**, *Estudos de Direito Penal*, Tradução de Luís Grego, Brasil, RENOVAR, 2006, pp. 39 e 40, advoga que este princípio, quando usado para apoiar a criação de incriminações cuja violação do princípio da dignidade da pessoa humana ocorre por conduta do titular (querendo este portanto agredir a sua dignidade), demonstra a proteção de um certo paternalismo moral e não de qualquer bem jurídico penalmente relevante. Contudo, o relevo que aqui damos ao princípio do artigo 1.º da CRP não tem em vista a fundamentação de qualquer incriminação, mas tão só a chegada a um fundamento último para o bem jurídico liberdade sexual.

⁹¹ Com um pensamento muito próximo **BASCUÑAN RODRIGUEZ, Antonio**, “Problemas básicos de los delitos sexuales” in. *Rev. derecho (Valdivia)*, vol.8 supl,1997, p. 82.

III. O conteúdo do bem jurídico liberdade sexual

Como já constatámos acima, o fundamento constitucional não nos permite, só por si, estabelecer o conteúdo deste bem jurídico. Embora se tenha revelado difícil a procura pelo apoio constitucional a dar ao bem jurídico, não podemos ficar por aqui.

A liberdade sexual enquanto chavão de “bem jurídico” e tendo como base o fundamento que encontrámos no fecho do capítulo antecedente, só por si, nada nos diz sobre que condutas poderão lesar ou colocar em perigo a mesma. É possível arrega-la numa das bases em que assenta (ou deverá assentar) a política criminal de qualquer estado de Direito- a do princípio da dignidade da pessoa humana- porém, saber exatamente do que se trata, e portanto, a que condutas humanas se poderá aplicar, é um exercício que se revela fundamental para assegurar a real proteção do bem jurídico como objetivo supremo da norma incriminadora⁹². Naturalmente, dada a matéria em questão, sempre será entrar por dentro de um campo de extrema sensibilidade e de inevitáveis petições de princípio⁹³.

A doutrina⁹⁴ tem, no entanto, conseguido resumir esta dificuldade, dividindo a liberdade sexual em duas vertentes: uma positiva e outra negativa.⁹⁵⁹⁶

A positiva caracteriza-se por cada indivíduo possuir liberdade total na disposição do seu próprio corpo para finalidades sexuais, nos moldes (isto é: condições de modo, tempo e lugar) que entender. Esta liberdade insere-se naquela mais ampla que é concedida a todos os indivíduos em Estado de

⁹² Assim **NAUCKE, Wolfgang**, *Materiais para o estudo da parte especial do Direito Penal Estudos Monográficos: 1- Introdução à parte especial do Direito Penal*, Tradução e notas de Augusto Silva Dias, Lisboa, AAFDL, 1989, p.37 e 38.

⁹³ O campo da sexualidade é frutífero a que se teçam considerações com base em premissas que individualmente consideramos serem verdadeiras e que facilmente conduzirão a conclusões que o serão também. Ao jurista, pelo menos a este, exige-se um afastamento destas falácias.

⁹⁴ **NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz**, *O direito penal sexual: conteúdo e limites*, *Op. Cit.*, p. 141; **SILVA DIAS, Maria do Carmo**, “Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4/9 nos “crimes contra a liberdade sexual” (Secção I do Capítulo V do Título I da Parte Especial do Código Penal)”, *in. Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 8, 1º semestre, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2008, p. 1 e 2.; **FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição**, “Crimes sexuais contra crianças e adolescentes” *Op. Cit.*, p. 347.

⁹⁵ Ou também se pode falar de uma vertente dinâmica *versus* uma vertente estática.

⁹⁶ Assim, também, **COSTA ANDRADE, Manuel da**, *Consentimento e acordo em direito penal...* *Op. Cit.*, p. 395.

Direito e que pretende afirmar o Homem como ser intrinsecamente livre, compreendendo-se, porém, que o campo da sexualidade, sendo profundamente íntimo, não poderia estar excluído deste panorama de liberdade- sendo, pelo contrário, campo fértil para a concretização plena desta. A negativa surge do contraponto do que se disse em relação à positiva. O exercício de cada liberdade sexual individualmente considerada é (ou deverá) apenas ser limitado pela liberdade sexual de outro indivíduo. Nesta lógica, terá que se conceber o contra direito respetivo a que cada indivíduo não sofra ingerências (naturalmente, não desejadas) na sua esfera de liberdade sexual. A pergunta que se impõe nesta fase será a que corresponde a saber qual a relação entre as duas vertentes da liberdade sexual que acabámos de explanar e o fenómeno do *Stealth*, o alvo principal deste trabalho.

Podemos, assim, assumir que a retirada dissimulada do preservativo agride a vertente positiva da liberdade sexual porquanto pressupõe que à vítima não foi permitido escolher livremente as condições em que se ia desenrolar- e terminar- a relação sexual onde aceitou e quis estar⁹⁷.

Quanto à vertente negativa, existindo uma decisão prévia de conformação da relação sexual naqueles moldes, qualquer alteração a esta decisão- provocada por pessoa diferente da vítima, naturalmente- implicará sempre uma interferência indesejada na esfera de liberdade sexual da vítima. Talvez esta intromissão seja, por vezes, indetetável (por via da dissimulação que este fenómeno supõe), ou seja, talvez possa não ser direta e imediatamente percecionada como ilícita, mas não deixa de configurar uma alteração às condições consensualmente estabelecidas. Desta feita não podemos deixar de considerar que há aqui um espaço de liberdade do outro violado.

⁹⁷ É pertinente citar parte da intervenção do Professor Costa Andrade em *Reforma do Código Penal- trabalhos preparatórios*, Lisboa, Assembleia da República, Vol. III, 1995, p.121: "E quando aqui falamos em liberdade, fazemo-lo no sentido de uma manifestação feita no pleno conhecimento das coisas, e sobretudo, das pessoas, garantindo às pessoas a autenticidade das manifestações de carácter sexual, no sentido de que aquilo que fazem, o façam sabendo como fazem e porque o querem fazer assim. (...)"

IV. A problemática do Consentimento

O consentimento, não podia deixar de ser analisado neste trabalho, enquanto instituto jurídico-penal específico, uma vez que os casos de *Stealth* revelam uma diferença patente face aos restantes crimes sexuais. Esta reside no facto de existir um aparente consentimento inicial. Assim sendo, não podemos ignorar que existe, ainda que de forma precária, uma relação sexual desejada. Porém, não o foi nas condições em que veio efetivamente a ocorrer.

É desta forma, pouco correto considerar que, desde o início, o ato não foi consentido. Ou pelo menos não o podemos assumir para todos os casos. Apenas se conseguíssemos assegurar que, em todos os casos, o *Stealth*, corresponde um ato premeditado pelo autor, é que podíamos, com rigor, assumir que esta relação sexual, *ab initio*, não possuía qualquer tipo de consentimento. Não conseguimos- porque as motivações do agente para a remoção do preservativo tanto podem ser prévias ao começo da relação sexual como surgirem no decurso da mesma- afirmar com certeza que o agente, desde o início, pretendia um ato diferente daquele inicialmente acordado, porque já deliberara a posterior retirada/manipulação do preservativo.

Assim sendo, dependendo do que ficar dado como provado, nuns casos podemos considerar que há ausência de consentimento validamente prestado, uma vez que o agressor já havia decidido agredir o bem jurídico, no momento em que a vítima prestou a sua concordância para o ato. Se noutros casos, por outro lado, em sede probatória, se verificar que a vontade do agente (de retirar/manipular o preservativo), apenas se formou e exteriorizou durante a execução da relação sexual, somos de admitir que esta se afigura como consentida, pondo-se apenas o problema da ausência de um consentimento posterior.

Porém, em Portugal temos como sedimentado na doutrina⁹⁸, a existência de um modelo dualista do consentimento que corresponde, na essência, a considerar que ou o consentimento exclui a tipicidade da conduta (e aí deve denominar-se “acordo”) ou atua como causa justificante da ilicitude (*vide* artigo

⁹⁸ **DA COSTA ANDRADE, Manuel**, *Consentimento e acordo em direito penal...* Op. Cit.; **PALMA, Maria Fernanda**, *Direito Penal- Parte Geral...* Op.Cit, pp. 307-311; **FIGUEIREDO DIAS, Jorge De**, *Direito Penal- Parte Geral...* Op. Cit., p. 475.

31.º, n.º2, alínea d) do CP).

A exclusão da tipicidade ocorre somente quanto àqueles tipos penais em que a falta de consentimento da vítima é parte constitutiva do tipo. Assim, em termos simplistas, não seria possível considerar a ação do agente equivalente à conduta típica enunciada na norma: não passaria, desde logo, o crivo da tipicidade.

A afirmação dos crimes sexuais como integrantes dos casos paradigmáticos de acordo penal, parece indiscutível para certa doutrina⁹⁹ embora ainda seja uma questão a discutir para outra facção da doutrina¹⁰⁰. E esta diferença de entendimentos é justificável. A distinção entre os casos de acordo e de consentimento¹⁰¹ reside na existência, no tipo, de referência à necessidade de ausência de consentimento por parte do titular, podendo-se, nestes casos, verificado esse consentimento, afastar a tipicidade da conduta e tratá-los como casos de acordo penal.

Assim, não se poderá considerar a ausência de consentimento, como parte dos tipos penais dos crimes sexuais, quando este verdadeiramente não consta- por decisão clara do legislador penal, especialmente atendendo ao contexto da última revisão do CP- tendo que se elaborar sempre um raciocínio implícito. Só este permitirá ver nestes tipos penais uma necessária ausência de consentimento.

E bem; não discordamos desta associação lógica de ideias. É essa ausência de livre expressão da vítima que conduz à agressão ao bem jurídico e que, portanto, fundamentou a criação desta incriminação. Porém, para assim considerarmos implicitamente não podemos continuar a persistir na exigência de um tipo penal onde a ausência de consentimento esteja positivada em termos literais. Ou uma consideração ou outra: ambas não podem conviver em simultâneo, sob pena de tornar ilógico.

⁹⁹ Assim, entre outros, **SILVA DIAS, Maria do Carmo**, “A propósito do crime de violação: ainda faz sentido a sua autonomização?” *Op.Cit.*, p. 62; **TORRÃO, Fernando**, “A propósito do bem jurídico protegido...” *Op.Cit.*, p. 562.; **FIGUEIREDO DIAS, Jorge De**, Direito Penal- Parte Geral... *Op. Cit.*, p. 473; **FERREIRA LEITE, Inês** “A Tutela Penal da Liberdade Sexual” *Op. Cit.*, p. 36-38.

¹⁰⁰ Assim: **VENTURA, Isabel**, “Um corpo que seja seu- podem as mulheres (não) consentir?” *in Ex aequo-Revista da Associação Portuguesa de Estudos sobre as Mulheres*, n.º 31, Lisboa, Associação Portuguesa de Estudos sobre Mulheres, 2015, p. 76;

¹⁰¹ Contrariamente, admitindo que no fundo não existe esta diferença, pois o consentimento exclui sempre a tipicidade, **SILVA DIAS, Augusto**, “Reconhecimento e Coisificação nas Sociedades Contemporâneas...” *Op. Cit.*, p.126, nota n.º 40.

Constatamos que a doutrina tem recorrendo a este raciocínio implícito pois o cumprimento do tipo de crime de violação, tomado como exemplo, depende do ponto de vista lógico, da ausência de consentimento da vítima. Assim sendo, para quem defende o uso deste raciocínio, seria irrelevante a presença do elemento “dissentimento da vítima” no tipo penal pois esta seria uma decorrência automática das condutas que estão abrangidas pela norma penal. Compreendemos esta postura, porém, a consideração da importância do consentimento como parte da norma, especificamente no que concerne aos crimes sexuais, visa espelhar melhor o conteúdo do bem jurídico, não servindo só os propósitos da distinção entre consentimento *versus* acordo. Esta última questão torna-se apenas lateral. Cremos que a discussão política¹⁰² e jurídica que se tem gerado acerca da inserção do dissentimento como parte constitutiva dos tipos penais, reflete precisamente esta preocupação maior: a de configurar a mais ampla proteção à liberdade sexual.

Porém, ao percorremos o nosso código penal, tendo em vista a descoberta de outros tipos de crime que evidenciem, na literalidade do seu tipo, a ausência de consentimento, deparamo-nos, inevitavelmente, com o artigo 190.º (Violação de domicílio ou Perturbação da vida privada).¹⁰³

E é aqui que se tornam possíveis comparações¹⁰⁴ com o preceituado para os crimes sexuais, passando assim, a poder-se discutir a bondade de umas e outras soluções.

Em bom rigor, neste artigo, existe ao nível do tipo, a necessidade de o aplicador verificar, para lhe dar cumprimento, a ausência de consentimento do titular do bem jurídico. Isto levaria a que o acordo entre o agente e o titular do bem jurídico, impossibilitasse logo o preenchimento da conduta típica exigida pelo artigo, pelo que não se avaliariam os outros elementos do crime.

¹⁰² Vide discussão que sucintamente expusemos na nota de rodapé n.º 131 e a mais recente proposta de alteração ao código penal, pelo PAN- Partido Animais Natureza, Projeto de Lei n.º 1047/XIII/4.^a, datado de 07.12.2018, a discutir no Parlamento no dia 10.01.2019, disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679595842774f6a63334e7a637664326c756157357059326c6864476c3259584d7657456c4a535339305a58683062334d76634770734d5441304e79315953556c4a4c6d527659773d3d&fich=pjl1047-XIII.doc&Inline=true> [último acesso a 05.01.2019], especificamente as pp. 15 e ss.

¹⁰³ Ou com o n.º 1 do artigo 156.º.

¹⁰⁴ Comparação igualmente feita por **BELEZA PIZARRO, Teresa**, “Consent- it’s as simple as tea: notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação” in *Combate à violência de género- Da convenção de Istambul à nova legislação penal*, coordenação: Maria da Conceição Ferreira da Cunha, Porto, Universidade Católica Portuguesa do Porto, 2016, p. 22 e ss.

Quanto ao acervo dos crimes sexuais, a ausência de uma expressão na letra da lei que indique claramente que os tipos referentes a estes crimes carecem de ausência de consentimento, parece à primeira vista, querer indicar que temos que conceder um tratamento diferenciado à tutela dos dois bens jurídicos aqui em comparação: a privacidade (entendida como característica essencial da liberdade pessoal) e a liberdade sexual. Isto porque, para um o legislador consagrou, ao nível do tipo legal que tutela o bem jurídico, a necessidade de ausência de consentimento por parte do titular e para outro, recorreu a expressões que carecem de interpretação, não tendo sido literalmente claro. E é esta diferença normativamente incompreensível, do nosso ponto de vista.

Podemos considerar, atendendo ao conteúdo da liberdade sexual e à sua relação com a esfera mais profunda do Ser Humano, implicando qualquer relação sexual, uma ligação com o corpo físico, mas também com a mente e a personalidade, que os crimes sexuais deveriam ser um campo onde o simples dissentimento bastasse para o cumprimento do tipo. Pois o que se visa proteger é exatamente a livre expressão da vontade, no âmbito da sexualidade própria de cada um.

Não compreendemos como é que uma valência do corpo e da mente do Homem, em relação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana possa significar valorativamente menos do que o direito à privacidade em termos espaciais, tutelado pelo art.º 190.º.

Parece, para além do que já dissemos, que nos crimes sexuais não se tutela qualquer outro valor que não o da liberdade da vontade (no campo sexual), traduzida no consentimento válido. É, assim, incompreensível, a razão pela qual o tipo penal não espelha de forma mais clara e inequívoca o âmbito de proteção do bem jurídico liberdade sexual.

É possível, por esforço de pesquisa, encontrar algumas saídas doutrinárias para esta aparente falha do legislador.

Estamos capazes de aduzir, de forma relativamente intuitiva, que da existência dos meios típicos do artigo 164.º, por exemplo, já se deduz a inexistência de consentimento da vítima. Naturalmente, pois sem o uso destes meios, a vítima não estaria envolvida como parte na relação sexual em questão, sendo estes

que conduzem à sua presença nesta.¹⁰⁵ Esta seria uma doutrina que podia vingar, em Portugal no âmbito do código cessante, quando era previsto, para o crime de violação, uma verdadeira tipicidade de meios para a execução do crime. Exigia-se, assim, a prática de determinadas ações pelo agente sobre o corpo (ou mente) da vítima, para que o tipo tivesse o devido preenchimento.

Sucedem que a atual atipicidade de meios consagrada no n.º 2 do art.º 164 vem tornar um pouco esquizofrénica esta posição. Isto porque se assume que não há qualquer pressuposição a fazer, visto que o legislador nem sequer exemplifica quais poderão ser os outros meios possíveis de agressão ao bem jurídico, deixando que variadas possibilidades factuais se insiram aqui. Possibilidades que, não estando todas elencadas, sempre impedirão que se façam raciocínios implícitos ou de mera lógica.

Assim sendo, parece querer o legislador dar a nota de que, neste n.º 2 importa considerar qualquer meio, pois o foco essencial é que este constranja a vítima à prática de cópula (ou de atos sexuais de relevo, se atentarmos ao conteúdo do n.º 2 do art.º 163), isto é, que leve a vítima a “aderir” a um contacto sexual não desejado.

Podemos, igualmente, como TATIANA MORAIS¹⁰⁶ e M^a DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA¹⁰⁷, considerar que o constrangimento, já positivado nos tipos penais, está materialmente equiparado ao não consentimento, uma vez que pressupõe sempre uma conduta do agente que visa negar a vontade livre

¹⁰⁵ Assim, na doutrina Brasileira, **TAVARES, Juarez Estevam Xavier**, “O consentimento do ofendido no direito penal”. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, Brasil, dez. 1969, p. 261. Está este raciocínio também patente na decisão *M.C. v. BULGARIA*, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Decisão nº 39272/98, datada de 04.12.2003, disponível em: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,47b19f492.html>: “170. The Court observes that Article 152 § 1 of the Bulgarian Criminal Code does not mention any requirement of physical resistance by the victim and defines rape in a manner which does not differ significantly from the wording found in statutes of other member States. As seen above, many legal systems continue to define rape by reference to the means used by the perpetrator to obtain the victim's submission. 171. What is decisive, however, is the meaning given to words such as “force” or “threats” or other terms used in legal definitions. For example, in some legal systems “force” is considered to be established in rape cases by the very fact that the perpetrator proceeded with a sexual act without the victim's consent or because he held her body and manipulated it in order to perform a sexual act without consent. As noted above, despite differences in statutory definitions, the courts in a number of countries have developed their interpretation so as to try to encompass any non-consensual sexual act (...)”

¹⁰⁶ “Os primeiros impactos da Convenção de Istambul: da relutância do legislador nacional em adoptar a falta de consentimento como elemento do tipo legal do crime de violação” in *Themis. Revista da Faculdade de Direito da UNL*, a.18, n.33, Coimbra, 2017, p. 119 ss.

¹⁰⁷ “Do dissentimento à falta de capacidade para consentir” in *Combate à violência de género-Da convenção de Istambul Op.cit.*, p. 138-140.

da vítima, isto porque, quem está constrangido, está sempre contra a sua espontânea vontade, não sendo possível estar constrangido e livre ao mesmo tempo.

Não podemos negar que é uma opção possível, especialmente atendendo às interpretações literais das palavras “constrangimento” e “constranger”¹⁰⁸ mas não é de ignorar que não se trata de uma interpretação direta, mas mediata, com algum claro intuito de salvação da norma. Melhor explicado: embora, como veremos adiante, consideremos que a definição destas palavras é clara, não podemos chegar ao extremo de considerar que constrangimento e consentimento são sinónimos. É por este motivo que é uma interpretação mediata; da palavra constrangimento é possível retirar que, em dadas situações, existe uma certa falta de consentimento. Mas a palavra não possui somente este significado, embora seja inequívoco para nós que tem também este.

Esta aparente coincidência de conceitos não pode, sem mais, ser aplicada aos casos de *Stealthing*. Nestes não existe, à primeira vista, constrangimento, nem consentimento válido.¹⁰⁹ Constrangimento não existe porque a vítima está envolvida positivamente no ato (naquele que quis e supõe estar a acontecer) e não sucede qualquer ato físico (ou moral, atendendo a que também esta vertente faz parte da definição de constrangimento) de negação da vontade. No plano dos factos, tudo acontece como se fosse uma relação sexual dita normal, típica de um caso de “acordo” penal.

Porém, nos casos de *Stealthing*, no plano do direito (penal) existe ausência de consentimento válido pois que, em determinada altura, a relação sexual altera os seus contornos iniciais, por ação direta da vontade do agente.

¹⁰⁸ “Constrangimento: ação ou efeito de constranger (-se) 1. Ato ou efeito de reduzir o volume de uma substância por meio de pressão; aperto, compressão 2. Violência física ou moral exercida contra alguém: coação 3. Situação moralmente desconfortante, embaraço, vergonha, vexame 4. Falta de coragem diante de outras pessoas; acanhamento, timidez, encabulamento 5. Algo desagradável que não se pode evitar; aborrecimento, descontentamento.

Constranger: unir(-se) muito, anulando-se espaços entre; apertar(-se), comprimir(-se).” In *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Círculo de leitores, 2002 e “constranger” in *Dicionário infopédia da Língua Portuguesa*, Porto: Porto Editora, 2003-2010, (consulta a 12.06.2018), disponível em: <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/constranger>.

¹⁰⁹ Poderá, a nosso ver, configurar-se como um dos casos que Teresa Féria denominou de “vazio legal” *apud* Os primeiros impactos da Convenção de Istambul: da relutância do legislador..., *Op.cit.* pp. 120, 121 e 137. Talvez não tenha sido uma das hipóteses em que a autora expressamente pensou, mas parece-nos, salvo melhor opinião, que serão enquadráveis na sua crítica.

É inevitável, nesta sede, fazer uma referência à Convenção de Istambul (doravante, apenas Convenção)¹¹⁰ como instrumento essencial no debate do que deve ser entendido como “consentimento” e como os países aderentes o devem consagrar nas suas legislações penais.

É no artigo 36.º da convenção¹¹¹ que encontramos a referência direta ao consentimento como elemento essencial dos tipos penais referentes aos crimes sexuais. É um consentimento que já se pressupõe livre, ou seja, válido do ponto de vista penal. Parece, contudo, relevante aferir que este consentimento é alheio às considerações da doutrina penal portuguesa quanto à bipartição do consentimento-acordo, uma vez que é um instrumento de direito europeu que se aplica a uma multiplicidade de países, cujos entendimentos sobre o instituto jurídico-penal do consentimento são distintos¹¹². É, assim, um consentimento entendido em sentido não técnico-jurídico, apenas defendido como “livre expressão da vontade”, mas deixando, clarividente, que é a ausência de vontade da vítima que deverá nortear a construção das normas incriminadoras e não a utilização de meios (tipificados ou não) como instrumentos, utilizados pelo agente para o condicionamento da vontade da vítima.

Não podemos ignorar que o consentimento, na perspetiva da Convenção, deverá adquirir uma relevância “avaliada no contexto das circunstâncias

¹¹⁰ Assinada em 11.05.2011 e ratificada por Portugal em 21.01.2013, disponível em: <http://cid.cig.gov.pt/Nyron/Library/Catalog/winlibsrch.aspx?skey=E51FECF9544F4B5E864D2852A1F1E304&cap=2%2c13&pesq=3&opt0=or&ctd=off&c4=off&c3=off&c1=off&c2=on&c8=off&c13=on&c14=off&c15=off&c16=off&arqdigit=off&bo=0&var3=conven%u00e7%u00e3o%20do%20conselho&doc=95339> (último acesso a 01.12.2018).

¹¹¹

“Artigo 36º – Violência sexual, incluindo violação

1. As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar a criminalização da conduta de quem intencionalmente:

- a) Praticar a penetração vaginal, anal ou oral, de natureza sexual, de quaisquer partes do corpo ou objetos no corpo de outra pessoa, **sem consentimento desta última**;
- b) Praticar outros atos de natureza sexual **não consentidos** com uma pessoa;
- c) Levar outra pessoa a praticar atos de natureza sexual **não consentidos** com terceiro.

2. O consentimento tem de ser prestado voluntariamente, como manifestação da vontade livre da pessoa, avaliado no contexto das circunstâncias envolventes.

3. As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar que as disposições do n.º 1 também se aplicam a atos praticados contra os cônjuges ou companheiros ou contra os ex-cônjuges ou ex-companheiros, em conformidade com o direito interno.”

¹¹² Veremos, mais adiante, que o recentemente publicado relatório da Amnistia Internacional evidencia precisamente a disparidade existente entre as legislações penais dos vários países que ratificaram a Convenção, especialmente ao nível da construção do tipo de violação. Esta distinta regulação dos crimes sexuais poderá prender-se também com diferentes entendimentos sobre o instituto do consentimento. [destacados nossos].

envolventes” (*vide* n.º 2 do art.º 36.) o que implica a preservação de uma margem de liberdade para o tribunal que está a decidir o caso. Esta cláusula de avaliação do contexto poderá ser especialmente relevante nas situações de dúvida, quanto à ausência de consentimento da vítima, como parece ter sido o caso do *M.C. v Bulgária* (*vide* nota de rodapé n.º105).

Neste, havia que atender ao específico contexto em que os atos sexuais sucederam, sendo naturalmente de relevar que aconteceram com uma jovem de 14 anos que ainda não tinha iniciado a sua vida sexual e que depois dos factos registou um saldo de duas relações sexuais praticamente seguidas. É claro que o contexto não nos trará respostas fechadas e objetivas. Talvez requeira um raciocínio mais elaborado por parte do juiz a fim de que se consiga perceber o que pode ou não ser entendido como consentimento válido. É relativamente comum, como o é noutros crimes onde estejam envolvidas apenas duas pessoas¹¹³, que as versões se contradigam mutuamente e não seja simples perceber a fronteira entre o que foi realmente prestado como consentimento e o que foi rececionado como tal.

Tal como na decisão que citámos *supra*, também nos casos de *Stealththing* é necessário atender ao contexto específico em que a relação sexual se iniciou e se desenvolveu. É decisivo avaliar a relação em questão atendendo a um ponto de vista cronológico: começando pela fase na qual ficou claro, para as partes, que o uso do preservativo era elemento determinante para que a relação sexual prosseguisse, até à avaliação do momento em que o preservativo é retirado. Estes dois momentos correspondem, no essencial, ao momento inicial em que o consentimento é prestado e ao momento em que este deixa de existir do ponto de vista técnico-jurídico.

Contudo, a cronologia nos casos de *Stealththing* pode implicar um espectro muito alargado de tempo, pois que, em certos casos, a vítima pode não se ter apercebido da manipulação ou da retirada, pelo agente, do preservativo e apenas o conseguir realizar quando obteve uma gravidez não desejada¹¹⁴ ou contraiu uma doença sexualmente transmissível.

Especificamente quanto a esta análise do consentimento, é relevante chamar à

¹¹³ Não é este, portanto, um problema especial ou exclusivo da criminalidade sexual.

¹¹⁴ Como já demos nota de ter acontecido no caso *R. v. Hutchinson*, *vide* nota de rodapé n.º 17.

colação os contributos de alguma doutrina do Reino Unido¹¹⁵ que tem desenvolvido um conceito, descrito como “consentimento condicional”¹¹⁶ que parece ter sido construído para dar guarida aos casos em que o consentimento para a prática de sexo foi dado segundo determinadas condições que formaram, de forma determinante, a vontade para a prática do ato.

De forma simples, no momento em que a condição previamente estipulada, é deliberadamente violada por um dos intervenientes, o consentimento é quebrado e torna-se juridicamente inoperante, constituindo esta relação sexual, uma realidade não consentida, podendo ser equiparada as condutas tipicamente associadas ao crime de violação, dependendo do país onde ocorre. Temos necessariamente que ter em atenção que a doutrina que aprofunda este conceito, dispõe de material legislativo, nomeadamente a secção 74. do *Sexual Offences Act 2003*¹¹⁷, que define o consentimento como uma questão de liberdade de escolha, o que permite, desde logo afirmar, que apenas releva como consentimento válido aquele que reflete a livre decisão de uma pessoa: isso sempre implicará o conhecimento efetivo do que escolhe.

Adiantando já conclusões, avançamos que, no fundo, esta doutrina discute a fraude como elemento viciador do consentimento, tornando essa análise, o foco de toda uma suposta nova visão do consentimento. Na nossa ótica, o facto de esta doutrina ter instituído um novo nome para este específico tipo de consentimento, revela-se importante pois permite uma melhor apreensão rápida do que acontece nos casos de fraude aquando da obtenção do consentimento, embora materialmente, não acarrete nada de novo, para além do inegável mérito de revisitar este tema, esquecido que está algures por entre decisões mediáticas e considerações de cariz meramente sociológico.

¹¹⁵ Desta forma, **DOIG, Gavin** e **WORTLEY, Natalie**, “Conditional consent? An emerging concept in the law of rape”, in *The Journal of Criminal Law*, Vol.77, 2013, pp. 286-291 e **CLOUGH, Amanda** “Conditional Consent and Purposeful Deception”, *The Journal of Criminal Law*, Vol. 82, 2018. pp. 178-190.

¹¹⁶ É interessante como o autor chileno **OXMAN, Nicolás**, “La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales” in. *Política Criminal- Revista eletrónica semestral de políticas públicas en Materias Penales*, V. 10, n.º 19, 2015, p. 97 disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2643931 (último acesso a 22.12.2018) fala-nos de um “consentimiento diferenciado”. Embora, para a aplicação desta figura se exija uma tomada de conhecimento da vítima de que a relação sexual, nalgum momento, deixou de ser consentida e que posteriormente o agente “vença”, mediante violência, a resistência que este consciencialização naturalmente trará. Se a figura descrita pelo autor parece muito semelhante com a do “consentimento condicional”, este modo de aplicação proposto, retirará a possibilidade de ela se aplicar aos casos de *Stealththing*.

¹¹⁷ Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42> (último acesso a 03.12.2018).

É nesta fase que surge a necessidade de analisar alguns casos que permitem- uma vez que se tratam de factos que alcançaram as mais altas instâncias judiciais internacionais- perceber como a realidade dos factos pode preencher este conceito do consentimento condicional.

O primeiro caso analisado por GAVIN DOIG e NATALIE WORTLEY trata-se de uma decisão¹¹⁸ do Tribunal Divisional/Divisão da Rainha onde se debateu uma relação sexual, ocorrida entre um casal, para a qual aparentemente existiu consentimento, embora este estivesse sujeito à condição do membro masculino do casal não ejacular dentro da vagina da mulher, a fim de evitar uma gravidez expressamente indicada como não desejada.

Por acréscimo, existia por ambos, o conhecimento prévio de que a píula não seria um método contraceptivo a implementar, por razões de ordem médica, relacionadas com a saúde da mulher. O uso do preservativo foi rejeitado pelo homem por não ser do seu agrado, tendo ambos em consequência disto, acordado que a interrupção do coito antes da ejaculação constituiria condição essencial para a prática sexual.

Neste contexto, constatou-se que a condição previamente acordada foi quebrada e ocorreu a ejaculação, contrariamente ao pretendido.

O segundo caso que nos importa aqui realçar, aludido na análise de AMANDA CLOUGH, chama à atenção para a questão do consentimento nas situações em que, não existindo uma mentira direta sobre determinada característica, existe ao invés, uma omissão/ocultação.

Concretizando, na decisão *R. v B*¹¹⁹ foi discutido se a não exteriorização de uma condição de saúde- ser portador de VIH positivo- podia ser suficiente para a desconsideração do consentimento como válido.

Porém, visto que apenas foi possível aceder a partes desta decisão e já havíamos analisado um caso muito próximo em termos factuais, decidimos chamá-lo aqui à discussão.

Trata-se do caso *R. v. Cuerrier* que obteve uma decisão¹²⁰ tomada no final dos

¹¹⁸ *R v. DPP*, High Court of Justice- Queen's Bench Divisional Court, n.º: CO/3845/2012, decisão datada de 24.04.2013, disponível em: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Judgments/f-v-dpp-judgment.pdf> (último acesso a 04.12.2018).

¹¹⁹ Deixamos a nota que não conseguimos encontrar a decisão na íntegra.

¹²⁰ *R. v. Cuerrier*, Supremo Tribunal do Canadá, n.º: 25738, decisão datada de 03-09-1998, disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1646/index.do> (último acesso

anos 90, pelo Supremo Tribunal do Canadá, que versou sobre uma relação sexual consensualmente aceite como desprotegida, havida entre um casal e que foi posteriormente levada a tribunal. Chegou a vias judiciais pois a mulher descobriu que o homem possuía (e conhecia o seu estado de saúde previamente ao momento da relação sexual) o VIH positivo, não tendo partilhado essa informação com a sua parceira sexual.

É inevitável, nesta sede, fazermos uma análise das diferenças entre os casos em que um dos intervenientes da relação sexual não informou o parceiro sobre o estado da sua saúde sexual e os casos de *Stealth*, objeto deste estudo.

Quando ambas as partes, embora com um desfasamento ao nível do conhecimento da realidade, consentem em ter relações sexuais desprotegidas¹²¹, consentem também, num certo aumento de risco objetivo, quanto aos resultados que podem advir desta prática.

Assim, o que queremos transmitir, é que, embora se deva avaliar se a não revelação do estado de saúde, quando conhecido do agente, constitui ou não motivo suficiente para a invalidação do consentimento, o problema não se esgota nesta avaliação. Em termos de relevância penal, a análise objetiva destas situações factuais, independentemente da questão da viciação do consentimento, permite-nos concluir que não foram exauridas, pelas partes, todas as vias de proteção possíveis¹²². Proteção, naturalmente, contra àquilo que é científica e socialmente aceite- e por isto, do conhecimento de todos- como decorrente de uma relação sexual desprotegida, o que engloba quer uma gravidez, quer a contração de uma DST.

Podemos antecipar vários argumentos contra esta posição que aqui defendemos para casos como *R. v. Cuerrier*, a saber: o de que uma relação sexual pressupõe um certo grau de confiança entre as pessoas envolvidas nesta ou o de que desta forma estamos a onerar a parte vítima de possível fraude. Compreendemos que este argumento da confiança entre as partes tem a sua validade e até aderimos a esta ideia (*vide* p.77), porém, consideramos

a 03.12.2018)

¹²¹ As mesmas conclusões se podem aduzir quanto aos outros casos de “sabotagem contracetiva”, onde não foi utilizado o preservativo, *vide* p. 25 e ss.

¹²² No fundo, assumindo que estas imprudências que se efetuam são riscos em que se deliberaram correr de forma compensatória, assumindo que o uso do preservativo sempre podia ter sido ponderado na equação, **CLOUGH, Amanda** “Conditional Consent and Purposeful...” *Op. Cit.* p. 187.

também que a decisão de “embarcar” numa, ou em várias relações sexuais, entre adultos, sempre terá que pressupor a responsabilização de ambos os intervenientes, onde é exigida uma razoável consciencialização do risco de resultados que não se pretendem.

Algo diferente acontece, quanto a este risco que enunciámos, nos casos de *Stealthing*. Isto porque não se pode ignorar a circunstância de, tanto em situações de retirada do preservativo, como de manipulação das condições originais do mesmo, existir um consentimento para relações sexuais protegidas pelo o uso de um determinado método contraceptivo, no caso, o preservativo. Assim, este específico consentimento resulta de uma atuação na máxima diligência possível, ainda consentânea com a própria liberdade sexual. Melhor dizendo: maior prudência, nestes contextos, significaria exigir tacitamente uma abstinência, pois somente esta conseguiria assegurar a ausência total de risco de resultados danosos, inerentes a uma relação sexual (melhor encarados¹²³ apenas como resultados, por nos parecer uma linguagem mais neutra).

Esta exigência não se revelaria, desde logo, coerente com a tutela da liberdade sexual enquanto manifestação de uma sexualidade própria, encarada como parte integrante e construtora da personalidade de cada indivíduo.

Em jeito de conclusão, esta diferença entre uma e outra categoria de casos revela-nos que, de forma mais evidente, não é irrelevante o cumprimento da condição “uso do preservativo” para efeitos de consentimento, uma vez que a relação sexual se altera globalmente, nomeadamente, quanto ao risco de resultados que através do uso do preservativo, podemos controlar.

Ambos os casos utilizados pelas autoras que citámos *supra*, têm factuaisidades distintas e é precisamente por isso que importa refletir sobre eles e erigir a seguinte pergunta: que condições apostas no consentimento serão penalmente relevantes- porque atentatórias de bens jurídicos¹²⁴- e, portanto, legitimamente

¹²³ Sentimos necessidade de chamar a atenção para esta diferença semântica pois ela visa destacar uma crença mais profunda do que se vê a olho nu. É consensual que o infortúnio de contrair uma DST corresponde a um dano sério, mas já não existe semelhante entendimento quanto à gravidez indesejada constituir um dano específico para a mulher. E não é irrisório que aqui se tenha focado a mulher, não só por ser a única a poder engravidar mas por se considerar, na veste de uma consideração social de género, que todas as mulheres desejarão no seu íntimo ser mães e preparar-se-ão para tal durante toda a sua vida, sendo por isto, a gravidez indesejada um mal abençoado. Ignora-se, desta forma, as imensas alterações que a mesma acarreta para a mulher bem como a legitimidade natural de esta decidir não ter filhos.

¹²⁴ Não podemos deixar de negar que nos casos em questão temos mais do que um bem jurídico potencialmente violado. Para além da liberdade sexual *per si*, a liberdade de procriação

puníveis?

Avançar um critério é um trabalho verdadeiramente difícil, quer por existir ainda pouca criação doutrinária, quer pelos casos chegados a tribunal também se revelarem em reduzido número. Contudo, tal como tentámos expressar no primeiro capítulo deste trabalho (*vide*, p.e., pp. 20 e ss) não podemos concordar com uma espécie de critério tão amplo, do qual se pode retirar que, a pretexto de uma radical e total defesa da autonomia sexual, se postule que o que releva para efeitos de viciação do consentimento será tudo aquilo que ficou revelado, entre as partes, como importante para a tomada de decisão e que não foi posteriormente cumprido.

Neste critério podem, portanto, entrar quaisquer tipos de informações que, partilhadas entre os intervenientes da relação sexual, tenham sido subjetivamente determinantes para a base em que assentou o consentimento analisado em concreto.

Assim, em cumprimento deste critério, poderão relevar as promessas e casos mais variados: desde o célebre exemplo do casaco de vison¹²⁵ (um dos elementos da relação sexual deixa claro que apenas consente em fazer sexo mediante a contraprestação da oferta de um casaco), passando pelo do transgénero que não comunica o seu género de nascimento ao seu parceiro, pelo também famoso caso do VIH positivo não comunicado previamente, pela frequentemente usada no passado “promessa de casamento”, até alcançarmos os casos em que o uso do preservativo foi de facto determinante para o consentimento.

No fundo, qualquer aspeto que, no âmbito da relação subjetiva entre as partes, tenha sido previamente estabelecido como relevante para a prática da relação sexual, se violado, sustentaria uma suficiente ausência de consentimento, para efeitos penais.

Tendo o direito penal as ferramentas de atuação mais restritivas de direitos, não podemos assumir que possa servir para tutelar quaisquer interesses intersubjetivos.¹²⁶

e a própria saúde, no caso de possibilidade de contágio por DSTs.

¹²⁵ BEN A. MCJUNKIN, “Deconstructing Rape by Fraud” in *Columbia... Op. Cit.*, p. 19.

¹²⁶ Aquilo que MORLAND, Michael, Rape by Fraud? *The Liverpool Law Review*, Vol. XVI, Reino Unido, University of Liverpool-Liverpool Law School, 1994, p. 127 denomina “estados mentais” e deixa claro que as falsas pretensões fraudulentas que assentem sobre estados

Não encontrámos na doutrina portuguesa, esta visão condicional do consentimento. Não significando isto, contudo, que os contributos da doutrina portuguesa não nos permitam chegar a conclusões idênticas¹²⁷.

Porém, na tentativa de transpor o conteúdo essencial do “consentimento condicional” para a conceção portuguesa do consentimento (do ponto de vista legislativo e doutrinário) conseguimos descortinar que o nosso código penal, embora tendo que se retirar implicitamente, permite encontrar uma certa noção condicional do consentimento. Não estamos, assim tão longe, desta ideia quanto à primeira vista pode parecer.

Nesta sequência de ideias, podemos ponderar que estando no artigo 38.º n.º2 *in fine* do CP consagrada a possibilidade de livre revogação do consentimento. Isto parece querer significar, se analisarmos da perspectiva factual de que, o consentimento em matéria sexual pode assumir facilmente uma feição condicional, que o legislador penal português consagrou, como parte integrante do consentimento, uma permanente condição de revogação implícita a acionar de acordo com as regras (essencialmente temporais) do artigo acima citado.

Todo o consentimento é prestado, assim, do ponto de vista penal, sob condição de poder ser retirado mediante vontade do portador do bem jurídico. Quer isto dizer que todo o consentimento, embora validamente prestado, fica sujeito à possibilidade legal de revogação por quem o prestou.

Esta revogação acontece após quem de direito ter aceitado a agressão ao bem jurídico, a condição aciona-se, assim, enquanto um direito ao arrependimento face ao momento inicial. Assim sendo, qual pode ser a razão juridicamente plausível para podermos legitimamente considerar como válida esta reconsideração por parte do titular do bem jurídico e não validar também uma consideração prévia de que o consentimento depende do cumprimento de determinada condição?

A tutela da autonomia da vontade, e reflexamente, a proteção do bem jurídico em causa, especialmente no que diz respeito aos crimes sexuais, exige que não encontremos qualquer diferença quanto à resposta a dar a esta pergunta.

Se pensarmos do ponto de vista do plano dos factos, significa tratar de forma

mentais (dando depois alguns exemplos destas) não podem ser consideradas.

¹²⁷ Assim, na nossa doutrina, com um entendimento muito semelhante: **REIS ALVES, Sénio Manuel**, *Crimes Sexuais- Notas e comentários aos artigos...* p. 55 e 56.

incoerentemente diferente as seguintes realidades: alguém consentir na prática de uma relação sexual onde o preservativo se constituiu como condição imprescindível para tal relação ocorrer (visão do “consentimento condicional”) e alguém consentir na mesma prática mas poder revogar o consentimento quando se apercebe que o preservativo foi retirado (aplicação pura do artigo 38.º, n.º2 *in fine*).

O problema- face às situações de *Stealthing* que ora relevam- é a panóplia de situações em que a vítima não consegue impedir a lesão efetiva ao bem jurídico, e, portanto, não o pode legitimamente revogar. Embora a relação sexual, a dado momento, já não seja verdadeiramente consentida.

Por acréscimo, ao analisarmos o artigo 39.º do CP, conhecendo que ele postula uma figura- a do consentimento presumido- equiparada juridicamente ao consentimento efetivo (*cfr.* n.º 1 do art.º 39) é nos possível efetuar um raciocínio semelhante para o consentimento condicional, embora inverso. Assim, para este artigo, se o portador do bem jurídico conhecesse a “realidade real” e não apenas a realidade presumida que presidiu ao consentimento inicialmente considerado, não daria o consentimento para a prática daquele ato.

Para conseguirmos deslindar deste artigo, contributos que permitam encontrar algum laivo da presença de uma teoria do “consentimento condicional”, teremos que efetuar o raciocínio de forma inversa à que do legislador. Isto porque o mecanismo do consentimento presumido tem como objetivo conferir caráter consentido a uma conduta aparentemente não consentida, com base num conhecimento presumido do portador do bem jurídico e na sua hipotética concordância com a agressão. Assim sendo, inversamente, a leitura do n.º2 do art.º 39 teria que ser feita no sentido de retirar eficácia a um consentimento prestado sem o conhecimento das circunstâncias reais em que a relação sexual irá ocorrer. Com isto queremos apenas deixar claro que, embora esta nossa proposta se tome numa lógica inversa à do artigo, pois pretende deixar de presumir o consentimento ao invés de o presumir, a *ratio* do artigo- que visa proteger a verdadeira vontade do titular do bem jurídico- não sai prejudicada, antes reforçada.

Em conclusão, embora o legislador penal português não tenha adotado uma

noção de consentimento¹²⁸-o que não espanta, atendendo a que não o consagra também como elemento do tipo- nem tenha dado corpo a esta figura do consentimento condicional, juntamente com a ausência de apoio doutrinal nesta matéria¹²⁹, é plausível concluir que a base da conceção jurídica do instituto do consentimento (analisado globalmente) pode incorporar o conceito do consentimento condicional, mais difundido junto das doutrinas internacionais.

Por ainda ser pertinente falar dela, retomamos ao tema da entrada da Convenção de Istambul no ordenamento jurídico Português, constatando que a 25 de fevereiro de 2014 o Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda elaborou um projeto de lei¹³⁰ que teve como principal objetivo a “transposição” para a ordem jurídica interna das indicações que a Convenção teria deixado. É relevante referir que esta mudança desejada não se prendeu apenas com alterações ao nível da consagração do consentimento como elemento do tipo. Muitas outras obrigações, relacionadas com a proteção da mulher contra formas de violência sexual, constituíram o escopo desta Convenção e consequentemente foram também contempladas no projeto de lei.

Depois do lançamento desta proposta de lei, surgiram alguns pareceres¹³¹ das

¹²⁸ E esta constatação, comparada às legislações europeias e internacionais, constitui uma verdadeira exceção.

¹²⁹ Curiosamente a doutrina tem dado por assente que o consentimento para os preliminares não se estende ao ato sexual penetrativo em si mesmo. Assim, **SOTTOMAYOR, Maria Clara**, “O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista...*Op. Cit.*, p. 307, **FIGUEIREDO DIAS, Jorge De**, Comentário ao artigo 164.º, *in Comentário conimbricense do Código Penal Parte especial: artigos 131.º a 201.º Op Cit.*, p. 473. O ilustre autor fala mesmo num “assentimento parcial” quando a vítima apenas consentiu em determinado tipo de atos e acaba sendo envolvida em atos de outra natureza. Esta conceção difundida, parece mostrar que a doutrina portuguesa não está muito distante da base de raciocínio que preside à formulação do “consentimento condicional”. Entendimento diferente têm os tribunais norte americanos segundo **TRAWICK, Shane M.**, “Birth Control Sabotage...” *Op. Cit.*, p. 753.

¹³⁰ Projeto de lei N.º 522/ XII/ 3.ª do Grupo Parlamentar do Bloco de Esquerda.

¹³¹ Por uma questão de interesse para o tema deste trabalho, destacaremos apenas as questões levantadas quanto à consagração do consentimento como parte dos tipos penais dos crimes de coação sexual (art.º 163.) e violação (art.º 164.). Assim: Parecer n.º 1/2012/U-RI/DTJ, de 09.02.2012, da Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género/Presidência do Conselho de Ministros, pp.7 e 11, dando nota de que esta instituição não sufraga o entendimento de que a Convenção veio impor alguma noção diferente (nomeadamente, para os efeitos que nos importam, quanto à noção de violência sexual do artigo 36.º) da que já existe no ordenamento jurídico Português, pelo que, sobre o estado Português não impende qualquer obrigação de conformação. Posteriormente, no relatório do grupo de trabalho da Comissão (datado de 30.05.2014) para avaliar a bondade das propostas de alteração da lei penal, no que aos crimes sexuais diz respeito, já se pronunciou num sentido divergente, assumindo a necessidade das alterações legislativas propostas, cfr. p.10; Parecer da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, junho de 2014, p. 16, assumindo que, quanto à descrição típica do crime de violação, a Convenção veio de facto introduzir novidades não

mais variadas instituições com relevante interesse para a discussão do problema.

A troca de ideias ocorreu e, pese embora a vasta adesão daquelas ao projeto de lei, e o ónus de Portugal adaptar a sua lei interna às obrigações que assumira ao ratificar uma convenção com um art.º 36.º muito claro, os tipos penais não foram alterados neste sentido.

Todavia, após toda esta discussão, em 2015, com a Lei n.º 83/2015 de 5 de agosto, veio o legislador adicionar os atuais n.ºs 2 dos art.ºs 163.º e 164.º, constituindo desta forma, um avanço, pois esta alteração representou o fim da tipicidade de meios para o cometimento de coação sexual e violação. Desta forma, pôde passar-se, para efeitos da aplicação destes artigos, a enquadrar-se condutas humanas mais vastas (típicas e atípicas) que materialmente constituíam ataques à liberdade sexual, atendendo a que vivemos num mundo cada vez mais pluralista, onde essa diversificação de condutas também se manifesta no campo sexual.

Esta alteração representou um inegável avanço face à legislação de criminalidade sexual que Portugal dispunha no passado, porém, não se revelou absolutamente concordante com aquilo que a Convenção de Istambul pretendia ver implementado nos países aos quais esta se aplica. Não existe, no nosso atual direito penal sexual qualquer referência ao consentimento, nem encarado como parte dos tipos penais, com a literalidade que a Convenção vem exigir, nem definido como tal para efeitos dos crimes sexuais.

É esta lacuna que o mais recente relatório da Amnistia Internacional¹³² vem colocar a descoberto ao evidenciar nitidamente que Portugal faz parte de um

existentes na nossa lei; Parecer da Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, p. 11, vem também aderir à proposta de alteração de lei; Parecer do Conselho Superior da Magistratura, datado de 18.05.2014, p. 8 onde este órgão mostra adesão às alterações propostas pelo projeto de lei; Parecer da UMAR- União de Mulheres Alternativa e Resposta na audição conjunta sobre a Convenção, ponto 5.1, onde fica expressa, igualmente, a adesão desta instituição ao projeto de lei proposto e Parecer n.º Ref. 04/15- C.Istambul da Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, datado de 26 de março de 2015, pp.4 e 5, sugerindo uma nova proposta de redação face ao proposto pelo partido impulsor do projeto, adicionando ao consentimento, o requisito de este ser livre e expresso. Podemos questionar o facto de o consentimento ter que ser expresso, quer pelo que é estabelecido na 1ª parte do n.º 2 do artigo 38.º do CP, quer por existirem várias situações de “medo paralisante” decorrentes de uma situação de violação sexual, que impedirão a vítima de expressamente recusar aquele contacto sexual. Não nos parece, portanto, uma visão mais frutífera que a patente na versão original do projeto de lei.

¹³²Publicado a 24.11.2018 e disponível em: https://www.amnistia.pt/wp-content/uploads/2018/11/Alreport_Right-to-be-free-from-rape_Overview-of-legislation-and-state-of-play-in-Europe.pdf (última consulta a 26.11.2018).

conjunto de países que embora tendo ratificado a Convenção, ainda não se adaptaram às obrigações que a própria propõe. Sem querermos ser muito exaustivos, pois o relatório contém um pendor estatístico muito forte, deixa-nos a sensação de que é entendimento desta instituição que o facto de algumas decisões recentes, em Portugal, levantarem algumas dúvidas de enquadramento no código penal se deve à circunstância de ainda não ter sido o consentimento transposto da forma como a Convenção sugere.¹³³ Esperemos que a emissão deste instrumento por parte da Amnistia Internacional constitua o impulso necessário para a alteração da legislação penal dos crimes sexuais.

A importância de focar o âmago dos crimes sexuais na ausência de consentimento da vítima e, como reflexo disto, a consideração do dissentimento da vítima como elemento do tipo de violação, podiam sem dúvida alguma, facilitar para efeitos de tipicidade, a apreciação de algumas condutas menos socialmente típicas de coação e violação. Embora o sendo, não deixam de ser relevantes, do ponto de vista material de tutela do bem jurídico. Porém, sem contrariarmos tudo o que temos vindo a defender, não podemos negar que os problemas penais não parariam por aqui- com o adicionar do consentimento à formulação da norma- qual falsa solução milagrosa.

Não queremos, com esta observação, mostrar que “tudo está bem como está” e vamos inclusivamente deixar claro, no Capítulo V deste trabalho, que a consagração apenas implícita do consentimento, constitui atualmente um entrave à interpretação, em especial do artigo 164.º n.º2 e, bem assim, à proteção do bem jurídico liberdade sexual.

Nesta sede e é o que vamos tentar fazer de seguida, a insuficiência da simples consideração do consentimento como parte integrante do tipo, revelar-se-ia na necessidade de sempre se avaliar a (in)validade do consentimento¹³⁴, percorrendo os seus pressupostos¹³⁵, a fim de que este possa ser considerado

¹³³ Permanecem as considerações, três anos depois, de **SOTTOMAYOR, Maria Clara**, “A convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género” in *Ex aequo-Revista da Associação Portuguesa de Estudos sobre as Mulheres*, n. 31, Lisboa, Associação Portuguesa de Estudos sobre Mulheres, 2015, p. 109.

¹³⁴ É possível perceber que a autora teve as mesmas preocupações que nós. Assim, *Idem*, p. 110.

¹³⁵ São estes os que decorrem da decomposição do artigo 38.º do CP.

ou desconsiderado. Essencialmente em casos como os do *Stealththing*, nos quais existe um aparente consentimento que carece de análise.

Estamos, desta forma, um pouco para além daquilo que ISABEL VENTURA¹³⁶ refere. A autora dá nota de que a inserção do consentimento no tipo deixará por resolver os problemas das baixas taxas de condenação de arguidos por crimes sexuais devido à existência dos denominados “mitos da violação” que atuam no meio judiciário. Mais do que enfatizar a questão das taxas das condenações, que nos parece um problema lateral neste contexto, concebemos que a adição deste elemento ao corpo dos tipos dos artigos 163.º e 164.º poderá não se traduzir numa real tutela de casos mais complexos do ponto de vista do consentimento, como os de *Stealththing*, onde existe um aparente consentimento inicial. A análise penal destes casos tem que ser rigorosa para que possamos ancorar juridicamente a “passagem” do aparente consentimento para a ausência de verdadeiro consentimento.

Isto porque, para tal, teremos que ultrapassar dois obstáculos. O primeiro corresponde à avaliação dos requisitos de validade do consentimento, como identificámos anteriormente e o segundo, consistirá, agora sim na gestão os ditos “mitos da violação”¹³⁷ que atuam ao nível da consciência dos operadores de justiça e contribuem para a perpetuação de certas ideias sobre o que é “normal” num dado imaginário acerca da violação que se construiu ao longo da História.

Tendo por base a pergunta que BEN A. MCJUNKIN¹³⁸ deixa por responder, surgiu-nos uma reflexão acerca daquilo que podemos apelidar como “mitos do consentimento” que podem ser perfeitamente enquadrados como um subcapítulo dos mitos acima referidos porquanto violação e consentimento, como temos vindo a demonstrar, são conceitos indissociáveis.

De forma mais explicativa, se pensarmos, como propõe a autora, na razão plausível para considerarmos o sexo obtido através da mentira como “aceitável”, conseguimos encontrá-la?

¹³⁶ VENTURA, Isabel, A violação na jurisprudência e na doutrina in. *Combate à violência de género- Da convenção de Istambul...* Op. Cit., p.58

¹³⁷ Para um excelente enquadramento deste conceito vide VENTURA, Isabel, *Medusa no palácio de justiça ou uma história da violação sexual*, 1ª edição, Lisboa, Tinta-da-China, 2018, pp. 42-45.

¹³⁸ “Deconstructing Rape by Fraud”, *Columbia Journal Op. Cit.*, p.20.

Naturalmente, ao nível do direito penal, encontram-se obstáculos jurídicos materializados nos princípios da dignidade e da carência penal, mas em termos de consciência social, não serão estas construções dogmáticas que orientarão o pensamento. Aliás, nem ao jurista é-lhe só exigida compreensão dos princípios penais, sendo inegável que se faz absorver das crenças sociais, embora se-lhe peça, obviamente, algum afastamento destas para que “deixe entrar” os princípios do Direito penal.

Parece-nos, salvo melhor opinião, que neste campo do que é relevante para a análise do consentimento, poderão existir certas construções de género (preenchendo estas o que apelidámos de “mitos do consentimento”) tão enraizadas que nos levam a considerar a mentira para a obtenção de sexo como desculpável.

O conceito de sedução, bem como os comportamentos que estão a coberto dela, são a prova disso. Encara-se, com relativa normalidade, que a sedução do parceiro pode ser motivada por considerações falsas sobre aquele que seduz, uma vez que naquele momento ele se encontra num estado de diminuto controlo emocional, ávido de cumprir os seus impulsos sexuais mais primários. A pretexto desta sedução, efetuada num clima quase animalesco, podem deixar-se passar situações de verdadeira ausência de consentimento. Sabemos que mais difícil que mudar as leis é mudar as mentalidades dos que trabalham diretamente com as leis. Mediante o que dissemos não é difícil adivinhar o que se segue.

Tentaremos debater os problemas, quanto à validade do consentimento, que permanecerão mesmo depois da esperada reforma dos tipos penais de forma a adaptar a legislação à Convenção de Istambul. Continuará a exigir-se uma análise séria para que os casos que reclamam tutela penal não continuem desprotegidos. Esta desproteção é motivada, em parte, por algo que depende de convicções ultrapassadas e pouco compreensivas do bem jurídico aqui em presença, por parte das comunidades social e jurídica.

Particularmente quanto aos casos de retirada/manipulação do preservativo não será de desconsiderar que poderão constituir alguns dos casos mais complexos do ponto de vista do consentimento. Assim o são por possuírem uma configuração diferente dos que tipicamente integram o crime de violação, onde se pressupõe que a vítima não quer, de nenhum modo, estar

verdadeiramente envolvida na relação sexual. De modo diferente, no *Stealththing*, a vítima consente naquela penetração sexual, não podendo negar-se, portanto, que a vítima quer efetivamente estar na relação sexual. Embora, *ex post*, percebamos que o que dizemos apenas se valida no plano do abstrato.

Tal como atrás demos nota quanto à bipartição acordo-consentimento, a inserção do consentimento como elemento do tipo, enquanto exigência da Convenção, transformará o tratamento desta questão numa questão de validade do acordo do ponto de vista jurídico-penal.¹³⁹

Desta forma, a validade do acordo, como figura jurídica não possui requisitos tão claramente identificados como sucede para o consentimento, pois não existe para aquele um artigo tão evidente como o 38.º CP para o consentimento.

Porém, é inequívoco que a existência de acordo pressupõe, antes de mais nada, que este seja prestado em clima de total liberdade, pois o acordo visa tutelar precisamente a liberdade que todas pessoas possuem de disporem de um bem jurídico disponível, em Estado de Direito. Parece-nos que a liberdade sexual só se cumpre, enquanto bem jurídico, quando tem em si mesma a livre possibilidade da sua disposição.

É precisamente por considerarmos que será no requisito da liberdade, aquando do acordo, onde os casos de *Stealththing* falharão, que se torna relevante inserirmos nesta sede a figura do erro que, limitando a liberdade do portador do bem jurídico, o leva a acordar uma agressão a este. Agressão que não aceitaria se tivesse o verdadeiro conhecimento da realidade.

Esta ausência de liberdade não ocorre no plano físico (que domina corporalmente a vítima), mas no plano do conhecimento, isto é, da informação necessária para que se possa considerar dada decisão como livre. Com um falso conhecimento da realidade (capaz de dominar mediata, mas eficazmente a vontade da vítima), incitado pelo agressor, não é possível afirmar que qualquer acordo é em si mesmo válido.¹⁴⁰

Para os casos do nosso estudo relevam essencialmente os erros que foram

¹³⁹ Assim, **COSTA ANDRADE, Manuel da**, Comentário ao artigo 190.º, in *Comentário conimbricense do Código Penal Parte especial: artigos 131.º a 201.º... Op. Cit.*, pp. 708 e 709.

¹⁴⁰ Desta forma, **COSTA ANDRADE, Manuel da**, *Consentimento e acordo...Op.Cit.*, p. 648 e 649.

dolosamente provocados pelo agente, uma vez que quando falamos do *Stealth* não podemos abranger os casos em que não existiu vontade do agente orientada para a prática da retirada/manipulação do preservativo. Assim, é necessário que o agente tenha deliberado estas ações¹⁴¹ (antes ou após o começo da relação sexual, vide p. 52), ou seja, tenha revelado que encara a vítima não como “igual” em dignidade, mas como pessoa cuja vontade pode ser instrumentalizada à própria vontade do agente. E a indução em erro serve essa instrumentalização na perfeição. Ao erro que é provocado pelo agente de forma intencional, podemos chamar fraude ou engano.

Mais uma vez importa chamar à colação os contributos que a doutrina estrangeira tem trazido, na veste do que se pode denominar como *Rape by Fraud* ou *Rape by Deception*¹⁴². Nestas teorias podemos, ao abrigo deste tipo de violação enganosa, inserir vários tipos de condutas.

O foco principal destas tem-se orientado para a consideração do engano como viciador do consentimento. E é precisamente esta a pedra de toque. O que releva verdadeiramente para a compreensão deste problema, é a aceitação de que o que está aqui em causa se prende com a liberdade sexual, isto é, com a autonomia que cada um tem, pelo simples facto de ser pessoa, para se determinar livremente no campo da sua sexualidade.

Temos ainda uma consideração a fazer, que embora seja lateral ao tema do consentimento, é consonante com a realidade da vivência da vítima e frequentemente associada à falta de consentimento. É esta, a de atentarmos nos danos que decorrem de uma relação sexual fraudulentamente consentida. Mas, para os efeitos que relevam, quis este trabalho demonstrar que têm vindo a ser entendidos como danos colaterais e condicionais, uma vez que estão sempre na dependência de alguma ocorrência posterior, pese embora se aceite que foram determinantes para o consentimento.

Assim: a omissão da existência de uma doença do foro sexual levaria à consideração de que esta só relevaria, para a análise do consentimento, no caso de a vítima contrair efetivamente a doença; para o caso da não toma

¹⁴¹ Vide também as considerações que fizemos na nota de rodapé n.º 5.

¹⁴² Assim, **MCJUNKIN, Ben A.**, “Deconstructing Rape by Fraud” in *Columbia Op. Cit.*, **BUCHANAN SHAYO, Kim**, “When Is HIV a Crime? Sexuality, Gender and Consent” *Op. Cit.* e **MORLAND, Michael**, *Rape by Fraud? Op. Cit.*

deliberada de contraceptivos orais¹⁴³, esta falsa promessa só seria importante se a vítima engravidasse e assim sucessivamente. No fundo, o que se têm vindo a desenvolver corresponde a uma visão reducionista da liberdade sexual e do consentimento em favor da consideração dos danos que advêm destas relações sexuais como sendo os únicos e principais prejuízos.

Parece-nos que não podemos sufragar este entendimento, pelo menos à luz do direito penal português, face a dois argumentos principais.

O primeiro reclama a presença do disposto nos n.ºs 3 e 5 do artigo 177.º do CP. Se analisarmos a colocação deste artigo no código veremos que ele está ainda inserido no capítulo dos crimes contra a liberdade sexual, mas deixa bem claro que o legislador penal português consagrou os resultados da relação sexual não consentida num artigo à parte do da violação, por exemplo. Com esta separação de bens jurídicos, deu-nos a indicação precisa de que a criminalização dos atentados à liberdade sexual não está dependente dos danos causados¹⁴⁴, no caso, a gravidez ou a existência de uma DST por parte do agente, porquanto estes significarão, apenas, agravações da pena já aplicada pela simples agressão ao bem jurídico liberdade sexual.

E mais: no caso do n.º3, a agravação não depende de a vítima ter efetivamente adquirido a DST, mas apenas se basta com a prova de que o agente é portador de alguma destas, o que reforça ainda mais a posição que aqui defendemos.

O segundo prende-se com existência na alínea a) do n.º 1 do artigo 283.º (crime de propagação de doença contagiosa).

Só por irrealidade é que podemos deixar de subsumir aqui as DSTs, tornando, mais uma vez, evidente o claro intuito do legislador de separar os bens jurídicos em causa. Isto porque a propagação da doença levará à lesão de outro bem jurídico diferente da liberdade sexual: a saúde, a pública inclusive.

É certo que, quer a gravidez, quer a contração de uma DST são resultados lesivos para a vítima e que estão relacionados com a própria ocorrência da relação sexual, porém, não parece coerente afirmar que, especificamente nos

¹⁴³ Ou quando é dito que existe uma vasectomia realizada e esta não é real. **BUCHANAN SHAYO, Kim**, “When Is HIV a Crime? Sexuality, Gender and Consent” *Op. Cit.*, p.1285. Podemos identificar um caso em que este cenário ocorreu verdadeiramente em *Conley v. Romeri*, Appeals Court of Massachusetts, Suffolk., decisão datada de 14 de abril de 2004, disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/ma-court-of-appeals/1121488.html> (último acesso a 10.12.2018).

¹⁴⁴ Parece também ser este o entendimento de **PLUNKETT, Leah A.**, “Contraceptive Sabotage”, *Op. Cit.*, pp. 115 a 120.

casos de engano, a lesividade da conduta dependa intrinsecamente da ocorrência de danos na pessoa da vítima.

Em suma, o que defendemos nesta sede é que o *Stealththing* (como também outros casos que assumam características idênticas) deve ser entendido como uma realidade pluri-ofensiva pois temos que considerar não só a possibilidade de este contato sexual desprotegido, representar uma gravidez não desejada ou a contaminação por qualquer DST, mas foi objetivo deste trabalho entender que o primeiro dano ocorre ao nível da liberdade sexual. E desta forma foi impossível não avançarmos para o capítulo seguinte, tentando descortinar qual o enquadramento que o *Stealththing* poderá ter nos crimes contra a liberdade sexual, consagrados na nossa legislação penal.

V. O enquadramento do *Stealth* no atual ordenamento jurídico-penal português

Esta parte do nosso trabalho corresponde já a um ponto de chegada. Foi aqui que tentámos dar resposta ao principal problema colocado nesta importação do fenómeno do *Stealth* para Portugal, pese embora, estes factos não terem ainda alcançado as nossas instâncias judiciais.

Desta forma, começamos pelo artigo 163.º (Coação Sexual) do CP. É evidente que neste artigo não é possível inserir a remoção/manipulação do preservativo uma vez que ambas pressupõem, na maioria das hipóteses ponderadas, uma “intenção penetrativa”, isto é, implicam a cópula vaginal ou o coito anal e oral exigidos pelo artigo 164.º (Violação), sendo este o verdadeiro elemento diferenciador entre ambos os artigos.

Se, por hipótese, nos confrontarmos com um caso em que duas pessoas acordam a prática de um ato sexual de relevo (necessariamente diferente da cópula vaginal, do coito anal e oral), típico do crime de coação sexual, com a condição de que este apenas acontece de forma protegida, ou seja, com recurso ao uso do preservativo, tendo depois, essa condição sido violada, podemos recorrer à possibilidade de aplicação deste artigo com as considerações que faremos de seguida.

Já quanto ao artigo 164.º (Violação) mais há a dizer. No n.º 1 deste artigo são enunciados meios através dos quais se pode cometer este crime, entre eles, os seguintes: a violência, a ameaça grave, o ter tornado inconsciente a vítima e o ter posto a vítima num estado de impossibilidade de resistência. Vemos que estes meios correspondem sempre a posições ativas do agente, podendo atuar ao nível do corpo ou da mente (ou do corpo e da mente) da vítima, conduzindo-a à prática de cópula, coito anal ou oral.

Como se entende facilmente, na aplicação destes meios sobre a pessoa da vítima, não existe consentimento desta, estando este, portanto, implicitamente ausente pois a coexistência destes meios com o consentimento da vítima é factualmente contraditória.

É também desta forma que nos podemos já questionar qual a natureza desta

“colocação na impossibilidade de resistir”¹⁴⁵. Veremos mais adiante que esta será necessariamente diferente da que o legislador consagra no artigo 165.º, visto que, se fossem situações semelhantes, não existiria necessidade de dois artigos distintos. Neste artigo (164.º n.º 1) pretende-se tutelar as situações em que é o próprio agente a construir o estado que leva a vítima a estar impossibilitada de resistir à agressão ao bem jurídico.¹⁴⁶

Nas situações de *Stealth* podemos verificar que a vítima se encontra mentalmente sem capacidade para resistir, posto que, através do desconhecimento da verdadeira intenção do agente, a vítima acredita que tudo se vai desenrolar conforme planeado inicialmente.

Esta visão da situação é reforçada pelo facto de acreditarmos que toda e qualquer relação sexual, inserida numa relação duradoura ou vivida apenas como encontro casual¹⁴⁷, supõe sempre um grau de confiança entre as partes, o que levará a vítima a confiar no que ficou estabelecido e a não ter que carregar o ónus de verificação quanto à manutenção da condição que previamente estabeleceu.

Temos que admitir, tal como já o tínhamos feito em relação a uma consideração judiciária sobre este tema (*vide* nota de rodapé n.º11) que em clima sexual, onde a vítima supostamente pensa estar numa relação onde quer

¹⁴⁵ É de salientar que esta impossibilidade de resistir não poderá ser o mesmo que **BRODSKY, Alexandra**, “Rape-Adjacent”: Imagining legal.... *Op. Cit.*, p. 196, indica como “incapacidade para consentir”. A nossa lei não possui nenhuma referência idêntica. A incapacidade para resistir ocorre num momento *a posteriori*, enquanto a incapacidade para consentir *ocorre a priori*. Talvez seja oportuno, para melhor compreensão, chamar aqui à colação os crimes contra a autodeterminação dos menores. Tem sido frequentemente deixada a nota, por parte da doutrina, que para este tipo de crimes se assume que a criança, devido à sua idade, não conseguiria compreender todas as implicações-positivas e negativas- que o sexo pode comportar na sua vida, pelo que, o legislador determina desde logo uma espécie de “incapacidade para consentir” como deixa claro **FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição**, “Crimes sexuais contra crianças e adolescentes” *Op. Cit.*, p. 353 e 354. Parece, porém, óbvio, que associado a esta impossibilidade de resistir estará uma certa consideração de que a vítima não está capaz de consentir (validamente) por não se encontrar em condições físicas ou psíquicas para tal.

¹⁴⁶ **REIS ALVES, Sénio Manuel**, *Crimes Sexuais- Notas e comentários...* *Op. Cit.*, p. 34.

¹⁴⁷ É pertinente destacar as palavras de **VAZ PATTO, Pedro**, “Direito Penal e Ética Sexual” *Op. Cit.*, p. 136: “Não se compreende verdadeiramente o dano provocado por estes crimes a partir de uma concepção banalizada ou superficial da atividade sexual, vista como uma simples e anódina actividade orgânica. Está em causa a perversão de um relacionamento que (...) deveria estar associado a um profundo investimento afectivo e a uma radical doação pessoal.” Queremos, com a afirmação de que a existência da confiança não depende da durabilidade da relação entre os parceiros sexuais, afastar a nossa posição de considerações morais como esta, bem como rejeitar a ideia desta sexualidade necessariamente romantizada. Rejeitando também esta última, assumindo a lógica de vivência numa sociedade pluralista, **NUSSBAUM, Martha**, “Pela razão ou preconceito...” *Op. Cit.*, pp. 35, 38-40.

efetivamente estar, este “dever de verificação” não parece muito razoável.

Por outro lado, a vítima, por se ver envolvida, embora em engano, numa relação sexual consensual, está também no plano físico sem capacidade de visualizar a retirada do preservativo, isto, se atendermos à própria disposição dos corpos¹⁴⁸ e sem nos esquecermos que esta remoção ocorre de forma dissimulada, isto é, num contexto de astúcia, com o propósito de a vítima ou nunca se aperceber ou apenas se aperceber tarde demais da quebra da condição estipulada. Assim a relação sexual acontece numa aparente normalidade.

Esta perspetiva de preenchimento do tipo, que aqui propomos, é assumidamente diferente daquela que a doutrina tem vindo¹⁴⁹ a avançar para as situações normais de utilização deste meio (“impossibilidade de resistir”) consagrado no tipo penal que aqui analisamos. Porém, temos que ter em conta estando defronte de factos novos, as soluções também terão que ser novas, só assim é que concebemos a evolução positiva do Direito.

Enquanto o n.º1 do artigo 164.º não levanta dúvidas quanto à sua boa interpretação, o n.º2 do mesmo artigo, já não permite, de forma clara, perceber qual o entendimento do legislador acerca da sua forma de aplicação bem como qual foi o fundamento que presidiu à sua alteração em 2015.

Neste n.º 2 estabelece-se uma atipicidade de meios mas ainda se exige um meio, isto é, o mero dissentimento¹⁵⁰ da vítima, entendido como o simples facto de ela não consentir, independentemente de qualquer conduta ativa (para além

¹⁴⁸ Comentário ao artigo 165.º, in *Comentário Conimbricense do Código Penal Parte especial: artigos 131.º a 201.º Op Cit.*, p. 479. O autor faz referência a esta questão da posição do corpo quanto à impossibilidade de resistência do artigo 165.º e não quanto à do n.º1 do artigo 164.º. Porém, podemos assumir que os exemplos se podem aplicar *mutatis mutandis*, desde que, para a aplicação deste último artigo, não esqueçamos que a impossibilidade de resistência tem que ser criada pelo agente.

¹⁴⁹ Assim, **LEAL- HENRIQUES, Manuel** e **SIMAS SANTOS, Manuel**, Anotação ao artigo 164.º, in *Código Penal Anotado*, 3ª ed, Lisboa, Rei dos Livros, 2000, pp. 382 a 407. É interessante, como na doutrina penal argentina, **DONNA, Edgardo Alberto**, *Derecho Penal, Parte Especial-Tomo I*, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni Editores, 1999, p. 401, insere na “impossibilidade de resistência” (no âmbito do código penal Argentino) a fraude/engano que não permite à vítima opor-se ao ato do agente.

¹⁵⁰ Fazendo uma análise importante sobre a importância do dissentimento, embora reportada a data anterior à alteração que adicionou o atual n.º2 do artigo 164.º, **FOLHADELA FIGUEIRA, ANA**, “O caráter discriminatório da exigência de outras formas de violência para além da atuação com o dissentimento da vítima para efeitos de preenchimento do crime de violação”, vencedora da 2.ª Ed.do Prémio Teresa Rosmaninho Direitos Humanos, Direitos das Mulheres/ 2014, p.3-11, disponível em: https://www.apmj.pt/images/PDF/estudos_premiados_2013/O_CARACTER_DISCRIMINATORIO....pdf (último acesso a 10.12.2018).

do seu envolvimento na própria relação sexual) do agente, não é suficiente para o preenchimento deste artigo. Esta parece-nos que foi uma clara intenção do legislador. Por vários motivos: quer pelas indicações que a Convenção de Istambul deixara claramente expressas e que são coordenadas diretamente dadas ao legislador para que este proceda à mudança; quer porque a consagração do dissentimento no tipo, significaria uma simples alteração à letra da lei, não exigindo grande labor ao nível da técnica legislativa; nem porque possa ser possível aduzir uma falta de experiência prática na aplicação de normas com semelhante conteúdo, porquanto, face ao que temos vindo a evidenciar, as legislações penais do Reino Unido (*vide* p. 60), do Canadá (*vide* nota de rodapé n.º 18), de alguns estados dos Estados Unidos da América e também as de todos aqueles países que, tendo ratificado a Convenção de Istambul, não constam do último relatório da Amnistia Internacional como “incumpridores”, já integraram a ausência do consentimento como parte dos seus tipos penais.

Assim sendo, independentemente desta omissão deliberada do legislador, é para nós possível conceber que neste n.º 2 é plausível inserir o engano como um meio¹⁵¹ que constrange a vítima à prática de um ato sexual que a mesma verdadeiramente nunca quis.

O legislador não estabeleceu as características que o meio deve possuir para ser considerado como apto a constranger a vítima, deixando alguma margem possível para inserirmos nesta sede qualquer meio- que atue sobre a vítima ao nível físico ou mental- capaz de constranger. Os problemas surgem precisamente aqui. Na interpretação do que significa constranger. Vimos já que é uma palavra polissémica (*vide* nota de rodapé n.º 108) e que permite que interpretemos, ainda dentro do sentido (possível) das palavras¹⁵², o ato de

¹⁵¹ É interessante analisarmos que no código penal de 1886 a fraude era um dos meios para cometer o crime de violação (artigo 393.º), a fraude só por si e não limitada por um tipo de erro fraudulentamente induzido, mostrando um tipo penal mais aberto do que o que temos atualmente. Porém, a única ressalva feita pelo legislador era a de que a fraude não podia corresponder a estratégias de sedução, deixando clara a ideia (que aprofundámos nas pp. 60 ss) de que algumas fraudes (mentiras, enganar) poderão ser normais no âmbito de um clima de sedução. Esta ideia de que os métodos de sedução levados a cabo pelo homem, representam condutas sem dignidade penal, defendida por **MOTA, Carmona da**, “Crimes Sexuais” in *Revista do Ministério Público*, n.º 14, 2º trimestre, Lisboa, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 1983, p. 15 parece-nos que perdura até hoje, nas consciências social e jurídica.

¹⁵² Sabemos que esta expressão é tipicamente associada à realização de interpretação

constranger como possuindo este uma conotação física (“unir (-se) muito, anulando-se espaços entre; apertar (-se), comprimir (-se)) mas igualmente uma conotação psicológica (“Algo desagradável que não se pode evitar. Violência física ou moral exercida contra alguém: coação”). Assim sendo, encara-se assim o constrangimento como atuante, não só sobre o corpo da vítima, compelindo-a a ter que continuar aquela relação sexual, mas também sobre a mente da pessoa constrangida. É possível portanto afirmar que a relação sexual se transforma, na realidade, numa situação de violência, embora não tendo existido uma força física sobre a vítima o que, em bom rigor nunca seria possível, atendendo a que a mesma adere à relação sexual pois desconhece a realidade do que irá suceder ou já sucedeu.

Assim sendo, estamos capazes de afirmar o seguinte: o meio exigido pelo n.º 2 do artigo 164.º do CP, nos casos de *Stealththing*, corresponde ao engano induzido pelo agente. Atendendo à definição da palavra constranger, a que acima fizemos referência, integrada num dado contexto jurídico e legislativo-nacional e internacional- é igualmente possível considerar que o engano tem idoneidade suficiente para constranger a vítima à prática da cópula, posto que a conduz a estar presente numa relação sexual na qual ela nunca quis verdadeiramente estar. Quis efetivamente estar numa relação com aquela pessoa, mas apenas mediante o uso de preservativo. O engano é precisamente o expediente usado pelo agente que faz deslocar a vítima para uma relação não consentida.

Interpretar o constrangimento como apenas contendo a sua conotação física¹⁵³

extensiva sobre a norma penal. Temos dúvidas que não seja esta- a visão que propomos- uma interpretação declarativa e não uma interpretação extensiva, mais questionável do ponto de vista penal, dada a proximidade à analogia. Isto porque nos limitamos a consultar o sentido da palavra, do ponto de vista linguístico, não fazendo sequer o esforço do “possível” (daqui deriva os nossos parêntesis no texto), associado a uma extensão de dado significado. Independentemente destas dúvidas, **PALMA, Maria Fernanda**, *Conceito Material de Crime, Princípios e fundamentos... Op.Cit.*, p. 139 chama atenção para a questão de que a afirmação da feitura de este tipo de interpretação declarativa não nos protege automaticamente de uma possível violação do princípio da legalidade. Há que avaliar a norma incriminadora no seu conjunto em articulação com o bem jurídico que a mesma visa proteger o que, salvo melhor opinião, parece-nos estar aqui evidente. Esta visão geral visa permitir atribuir um sentido jurídico às palavras e não apenas um sentido linguístico, atendendo a que as palavras- para os efeitos do Direito- não “vivem” fora da norma integrada no sistema, mas são indissociáveis desta. Assim, **PALMA, Maria Fernanda**, *Conceito Material de Crime... Op. Cit.*, p.151.

¹⁵³ Como parece ser a opinião de **SILVA DIAS, Maria do Carmo**, “Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4/9 nos “crimes contra a liberdade sexual” (Secção I do Capítulo V do Título I da Parte Especial do Código Penal) ” *Op. Cit.*, p. 14. Será que a partir de 2015, com a inserção do atual n.º 2 do artigo 164.º e, com o precedente da ratificação da Convenção de Istambul, a

ignora o sentido (possível) da palavra e mostra-se contraditório do ponto de vista legislativo. Isto porque o legislador ao consagrar o n.º2 do artigo 164.º pretendeu desvincular o crime de violação desta noção de que o seu cometimento está sempre dependente de uma violência física. O que se entende como um objetivo falhado, pois ainda atualmente, se constata a impunidade de quem não empregou violência suficiente, de acordo com o entendimento da nossa jurisprudência¹⁵⁴.

Assim, se depois desta alteração legislativa, ainda continuássemos a considerar, não já por existir uma tipicidade de meios, mas porque permaneceu no tipo a palavra “constranger”, que esta palavra pressupõe sempre o uso de violência, então este n.º 2 ficaria vazio de sentido normativo, porquanto se continuaria implicitamente a exigir o uso de força para o cometimento deste crime.¹⁵⁵

Quanto ao disposto no artigo 165.º (Abuso sexual de pessoa incapaz de resistência) entendemos que se pode reiterar aqui a sua pouca utilidade para o enquadramento nos casos de *Stealth*. Isto porque este tipo penal está orientado para o aproveitamento de um estado pré-existente ao próprio agente do crime¹⁵⁶. Cremos que o que está em causa no caso da

Autora defenderia a mesma posição?

Por outro lado, indo mais longe, mas com uma posição que parte do mesmo pressuposto que a que aqui defendemos: compreender a palavra constranger como livre de uma conotação só física, de violência. **FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição**, “Crimes sexuais contra crianças e adolescentes” *Op. Cit.*, p. 352 e 353.

¹⁵⁴ Assim, não só o acórdão identificado na nota de rodapé n.º 51, em que a violência insuficiente para o preenchimento do crime de violação foi claramente enunciada, mas ainda outros casos em que ficou também evidente a desconsideração da violência que não seja absolutamente aniquiladora (entendida apenas como “moderada”- quando a lei não exige qualquer grau intenso de força para o preenchimento do tipo), pese embora, o uso de armas (de vários tipos de armas) e de força física sobre o corpo da vítima a fim de alcançar a prática da relação sexual.

Assim, Acórdão do TRP, processo n.º 16/16.5GAAGD.P, Relator: Horácio Correia Pinto, disponível

em:<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/a84ac90b77fed32280258156005803bf?OpenDocument> [último acesso a 30.12.2018] e Acórdão do TRP, processo n.º 0714613, Relator: Manuel Braz, disponível em:<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/dafb21957eb341df8025739400521590?OpenDocument> [último acesso a 30.12.2018].

¹⁵⁵ Como já havíamos deixado claro, embora numa fase preliminar deste trabalho em **CÂNCIO, FERNANDA**, “Tirar preservativo durante sexo sem o parceiro saber deve ser crime?”, Diário de Notícias, 27 de maio de 2018, disponível em: <https://www.dn.pt/portugal/interior/-tirar-preservativo-durante-sexo-sem-o-parceiro-saber-deve-ser-crime-9382519.html> [último acesso a 19.12.2018].

¹⁵⁶ Como ficou concluído no recente e polémico acórdão do Acórdão do TRP, processo n.º 3897/16.9JAPRT.P1, decisão datada de 27.06.2018, Relator: Maria Dolores da Silva e Sousa, disponível em:

remoção/manipulação do preservativo é sempre o produto de um engenho enganoso criado pelo agente para obter da vítima um falso consentimento. Embora este engenho possa ser acionado pelo agente logo no início da relação sexual (assumindo que previamente havia deliberado assim) ou na decorrência desta, corresponderá sempre uma criação própria do agente não estando este a aproveitar-se de algo.

Embora se associe a aplicação deste artigo a situações de prévio alcoolismo ou de consumo de drogas e medicamentos (semelhantes situações se alocam ao escopo do n.º1 do artigo 164.º) nada na lei nos indica de forma fechada que só a tais situações se podem aplicar estes normativos.

Desta feita, existindo factos diferentes dos habituais, mas os quais, com a devida argumentação, se poderão subsumir ao tipo- nada há a objetar, pensamos.

De forma conclusiva, quanto aos artigos *supra*, podemos afirmar que, quer ao nível do n.º1 do artigo 164.º quer pelo seu n.º2, é possível levantar o véu quanto à sua aplicação aos casos de *Stealthing*, mediante as interpretações que aqui propomos e que nos parecem consonantes com a letra da lei e de acordo com a sua teleologia, especialmente atendendo às últimas alterações ao CP.

Face ao crime do artigo 167.º (Fraude Sexual) existem várias considerações interessantes que podemos fazer. Foi, curiosamente, ao lermos este artigo e depois de estudarmos um pouco a sua origem e desenvolvimento na história penal portuguesa que começámos a construir a questão do engano/fraude no *Stealthing*. Assim, o estudo deste artigo em muito contribuiu para o desenvolvimento deste trabalho, partindo do princípio que aquilo que primariamente nos saltou à vista foi a insuficiência de apenas se poder considerar a identidade pessoal como o único erro fraudulentamente induzido capaz de fazer aplicar este artigo. E este espanto surge, pois, da análise das situações de engano/fraude para a prática de sexo, que ocorreram pelo Mundo

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/6f7c90fb3d34e281802582eb0049ac25?OpenDocument&Highlight=0,Maria,Dolores,da,Silva,e,Sousa> [último acesso a 30.12.2018]. Embora este caso levante algumas dúvidas, quanto à correção da aplicação do artigo 165.º do CP, pois ficou provado que por várias vezes um dos coarguidos serviu bebidas à vítima e, tendo ela ficado alcoolizada, podemos refletir se o agente não criou a impossibilidade de resistência da vítima.

for (constatámos isto através das várias decisões que aqui fomos enunciando e outras com as quais fomos lidando ao longo deste trabalho) já tinham revelado factos que mostrariam claramente a existência de vários outros erros que deviam ter aqui cabimento.

À parte destas considerações, fomos verificando que era este um artigo muito raramente aplicado nos tribunais portugueses¹⁵⁷ especialmente depois da reforma de 1995. Passámos, portanto, para a fase de tentar construir o percurso cronológico deste artigo, no CP, ao longo do tempo. No CP de 1982, aprovado pelo DL n.º 400/82, de 23 de setembro, o artigo 203.º (Cópula mediante fraude) estabelecia que apenas a mulher podia ser vítima deste crime (a única que podia ser afetada por este erro) e a fraude incidia sobre o carácter conjugal da cópula e não sobre a atual identidade pessoal.

Aqui se deixa uma reflexão sobre esta redação. Corresponde esta, a uma ilustração perfeita da importância que socialmente se dava ao homem como parte da relação sexual, como se o que importasse realmente fosse assegurar a honra do homem- do marido, no caso- não podendo este, de modo algum, tolerar que a sua mulher tivesse relações sexuais com outro homem. Era uma forma mais ou menos evidente de revelar uma cultura patriarcal, em que a mulher é propriedade do homem.¹⁵⁸ Assim sendo, como se compreende, qualquer outro erro, embora suficientemente importante para viciar o consentimento, era totalmente desconsiderado. O pressuposto base da sexualidade feminina- que esta deve praticar sexo com o seu marido- estaria protegido para o caso de existir o seu incumprimento. Qualquer outra característica seria irrelevante.

Com esta redação não podíamos defender que era a liberdade sexual da vítima (mulher) que aqui se tutelava, o bem jurídico aqui seria necessariamente outro. Na reforma de 1995, este artigo sofreu uma profunda alteração, mantendo praticamente a mesma redação até hoje. Talvez se tenham dado passos positivos na tutela da liberdade sexual, mas continua a parecer insuficiente só ser possível subsumir ao crime de fraude sexual apenas as situações em que existe um engano provocado quanto à identidade pessoal.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Assim também **PEREIRA, Rui Carlos**, “Liberdade Sexual na reforma...” *Op. Cit.*, p. 7.

¹⁵⁸ Assim, **NUSSBAUM, Martha**, “Pela razão ou preconceito...” *Op. Cit.*, p. 26.

¹⁵⁹ Já em 1991 **COSTA ANDRADE, Manuel da**, *Consentimento e acordo...* *Op. Cit.*, p. 644

Esta insuficiência é fruto de um receio do legislador¹⁶⁰: o medo das mega punições por via do engano. Isto porque sabemos, como temos vindo a dar nota ao longo deste estudo, que os enganos podem ser múltiplos e variados, conduzindo a que se preferisse circunscrever, de forma muito delimitada este engano, ao invés de estabelecer um critério que permitisse diferenciar os enganos penalmente relevante dos que o não são.

Naturalmente este não seria fácil de construir, mas temos a sensação que a nova redação do código quanto ao artigo da violação (consagrada que ficou a atipicidade de meios), o panorama legislativo internacional-quer quanto ao entendimento sobre o consentimento, quer quanto à positivação ampla da fraude, um enquanto expressão do outro¹⁶¹- e a Convenção de Istambul farão o legislador penal começar a “olhar” para o consentimento com outras lentes.

E a fraude sexual não devia fugir a este novo olhar sobre o consentimento, posto que o tipo de crime se prende, inevitavelmente, com a consideração do consentimento como requisito fundamental. Veremos.

Retomando ao único erro que o legislador tipificou: o relativo à identidade pessoal. Começámos por equacionar o que podíamos considerar pertencer ainda à identidade pessoal da pessoa com quem a vítima se quer relacionar sexualmente. Podemos aqui inserir casos como o *R. v McNally* (*vide* nota de

dava nota de que estas restrições de aplicação do tipo penal da fraude sexual- por este pressupor que a vítima tem que ser sempre a mulher e porque apenas relevará, sempre, o erro sobre o carácter conjugal da cópula- não conduziam à máxima tutela da liberdade sexual. Embora estas considerações do Professor se reportassem ainda à norma vigente antes da reforma de 1995 parecem-nos, ainda hoje, observações atuais e que acompanhamos.

¹⁶⁰ Com a recente evolução do CP quanto aos tipos penais dos crimes sexuais, deixando para trás, progressivamente, a exigência estrita de violência, já não parece fazer sentido a justificação que o Professor Costa Andrade deu para este único erro positivado, “a liberdade sexual deve ser protegida contra actos de violência e não de erros (...)” *in Actas da Comissão Revisora apud MOURAZ LOPES, José*, Os crimes contra a liberdade... *Op. Cit.*, p. 76 e também **RAPOSO, Vera Lúcia** “Da moralidade à liberdade....” *Op. Cit.*, p.949.

¹⁶¹ O código penal Brasileiro (Lei n.º 12.015, de 7 de agosto de 2009), no seu artigo 215.º, estabelece aquilo que é o crime de violação sexual mediante fraude. A fraude tem apenas que ser apta limitar a livre manifestação da vontade da vítima, não estando restrita a qualquer tipo de erro; o código penal canadense também admite a fraude de modo amplo, *vide* nota de rodapé n.º 18. É importante deixar a consideração de que naqueles países onde a ausência de consentimento já é parte do tipo penal base dos crimes sexuais- violação, estupro, “assault”, independentemente do nome que poderá assumir- não seria imprescindível consagrar a fraude sexual como tipo autónomo, porquanto, sendo esta um problema de consentimento, ficariam os casos típicos desta protegida pelo tipo base, pois bastaria a análise da validade do consentimento. Em Portugal (ao contrário do Canadá, p.e., onde se prevê ambas as possibilidades) não só não dispomos dessa válvula de escape- a ausência de consentimento- nos tipos penais dos crimes sexuais, como temos também um crime de fraude sexual altamente restritivo. Parece de certa forma até coerente, mas é também revelador de uma fraca importância dada ao consentimento e ao bem jurídico liberdade sexual, por reflexo.

rodapé n.º 19) no qual se tratou de debater a criação de um erro fraudulentamente induzido quando ao género do agente. Este, fazendo-se passar por um indivíduo do sexo masculino, praticou diversas relações sexuais com um indivíduo do sexo feminino. Assim, é defensável que ainda pode entrar no conceito de identidade pessoal o próprio género que alguém assume perante outrem, de forma a que este ainda se relaciona com a pessoa em questão e não já com qualidades da pessoa ou da própria relação sexual. Na identidade pessoal de alguém está inequivocamente ínsito o seu género, posto que este não se apresenta como uma realidade separável da pessoa, seja este género o de nascimento ou outro que se assuma.

É assim evidente que alguém ao criar um nome e uma aparência masculinas quando possui um nome e corpo femininos está deliberadamente a querer fabricar um erro¹⁶² quanto à sua própria identidade pessoal. É uma interpretação possível e que não extravasa o âmbito do significado das palavras.¹⁶³

Este último caso é sem dúvida mais complexo que o *R. v. Omar Alboukhari*¹⁶⁴ em que se julgou uma das situações tipo para as quais o CP português previu este artigo. Trata-se de um caso de “troca de gémeos”, no qual a vítima, achando que estaria a ter uma relação sexual com o gémeo seu namorado, acaba por se ver envolvida, contrariamente ao pretendido, numa relação sexual com o gémeo com o qual não mantinha qualquer relação amorosa.

Assim, desta forma, a contabilização de apenas uma espécie possível de erro fraudulentamente causado, corresponde a uma coordenada precisa do legislador penal português no sentido da não aplicação do crime do artigo 167.º aos casos de *Stealthing*, pois nestes casos não existe qualquer erro sobre a identidade da pessoa mas tão só um engano quanto a uma das condições que se determinaram como essenciais para a prossecução daquela relação sexual

¹⁶²A intenção fraudulenta (traduzida no elemento subjetivo do tipo: “fraudulentamente”) parece abranger os erros criados ativamente pelo agente e não apenas o aproveitamento de erro causado por terceiro ou pela vítima, podendo, assim, este caso subsumir-se à norma. Assim **MIRANDA RODRIGUES, Anabela**, Comentário ao artigo 167.º in *Comentário Conimbricense... Op. Cit.*, p. 494.

¹⁶³ Aqui eventualmente já se trata de uma interpretação extensiva, porquanto, a noção de “identidade pessoal” não é diretamente consultável. Carece assim de uma integração no contexto- jurídico e social- que permita compreender verdadeiramente o que é a identidade pessoal para efeitos de proteção do bem jurídico liberdade sexual e não apenas no abstrato.

¹⁶⁴ *R. v. Omar Alboukhari*, Court of Appeal for Ontario, decisão datada de 27 de setembro de 2013, disponível em: <https://archive.is/dsOxy> (último acesso em 20.12.2018).

em específico. Há até inequivocamente um desejo de a vítima estabelecer contacto sexual especificamente com a pessoa do agente.

Lamentavelmente, o nosso artigo 167.º relativo à fraude sexual não é suficientemente amplo para abranger casos importantes de fraude no âmbito de uma relação sexual.¹⁶⁵ Qualquer interpretação que insira no tipo outras situações de fraude- embora atentatórias do bem jurídico e, portanto, penalmente relevantes- será proibida por violação do princípio da legalidade insito no n.º3 do artigo 1.º do CP, sempre que extravase o que se pode entender por “identidade pessoal” de alguém.

Não podíamos deixar este capítulo fechado sem que fizéssemos qualquer referência, repescando em parte, considerações que fizemos nas pp. 28 e seguintes, ao conceito material de crime.

No entanto, é este agora analisado, não do ponto de vista da criação das normas incriminadoras pelo legislador penal, mas do plano interpretativo do próprio tipo penal.

São, desta forma, coordenadas importantes para que possamos afirmar a vinculação do intérprete-aplicador aos princípios jurídicos que visam limitar a intervenção do direito penal na sociedade, protegendo, assim, os cidadãos, da ação punitiva do Estado- na sua modalidade mais intensa- sobre seus direitos mais próprios. E nem por irrealidade podemos retirar esta função de “braço” do Estado aos juízes, pelo que, sendo estes sempre parte desta entidade a atuar, também lhes será exigido que o façam em cumprimento das regras materiais do Estado de Direito.

Esta repescagem adquire importância, nesta fase, pois desde logo, considerámos que os comportamentos associados ao *Stealth* podem integrar a conduta típica que a norma (tanto o n.º1 do artigo 164.º como o n.º2

¹⁶⁵ Em bom rigor não é só a lei penal Portuguesa que restringe os casos de fraude sexual aos de erro sobre a identidade pessoal. Também o Código Penal Argentino (disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#17>) [último acesso a 24.12.2018], na sua redação anterior, continha um artigo (121.º) muito semelhante ao artigo 167.º do nosso CP. Porém, com a entrada em vigor da Lei 25.087 de 1999 (disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/55000-59999/57556/norma.htm>) [último acesso a 24.12.2018] esse artigo foi revogado, mas a fraude, entendida agora em sentido amplo, foi consagrada no artigo 130.º como forma de agressão ao bem jurídico “integridad sexual”. Assim, embora ainda de acordo com a redação anterior à entrada em vigor da lei *supra*, **DONNA, Edgardo Alberto**, *Derecho Penal, Parte Especial... Op. Cit.*, pp. 437 a 439.

do mesmo artigo) exige para o seu integral preenchimento, conforme deixámos já argumentado. Porém, este cumprimento ocorre apenas ao nível formal, isto é, são ações formalmente típicas pois é possível subsumi-las ao que está preceituado nos artigos *supra* referidos. E esta tipicidade formal verificada não é de secundarizar. Esta correspondeu a uma construção do legislador que já se presume triada pelos princípios da dignidade penal do bem jurídico e da necessidade de tutela penal.

Porém, esta é uma valoração abstrata e as situações normais da vida, isto é, o caso concreto para o juiz, tomado só como exemplo, têm uma infindável panóplia de possibilidades de conformação, sendo a realidade sempre muito mais rica e desafiante do que as normas abstratamente avaliadas. É também por isto que à vastidão de possibilidades se deva dar o devido enquadramento jurídico, que ao nível do direito penal, se pretende algo limitador, em prol de valores maiores.

Notamos que, do estudo feito, é aqui pertinente fazer referência ao princípio da insignificância¹⁶⁶ da lesão do bem jurídico, especialmente no sentido de afastar a sua aplicabilidade aos casos analisados neste trabalho.

Que nestes existe bem jurídico penalmente relevante e lesão a este, já o cumprimento da tipicidade “formal” nos dá resposta afirmativa. Agora, nesta fase, tudo está em saber o quão forte é essa agressão ao bem jurídico, pois é só para a repressão destas agressões intoleráveis e não resolvíveis pela dinâmica normal da sociedade, que se justifica “pedir” a intervenção do direito penal. Este princípio terá, portanto, a função de irrelevar condutas que não provoquem lesões significativas ao bem jurídico em causa.

Este princípio teve uma forte aplicabilidade pela nossa jurisprudência¹⁶⁷ e tem a sua fundamentação constitucional no artigo 18.º n.º2 da CRP bem como decorre igualmente da conjunção de vários princípios legitimadores da intervenção penal. Contudo a sua chamada à colação tem vindo associada, em nosso entender, a uma consideração da forma como esta lesão é sentida pela sociedade. Se esta a sentir como gravosa e- digamos, irrecuperável- então ela

¹⁶⁶ Assim, **FIGUEIREDO DIAS, Jorge de**, Direito Penal- Parte Geral... *Op. Cit*, p. 676.

¹⁶⁷ Embora exista um número considerável de acórdãos, seleccionámos os que nos mostraram uma argumentação mais sólida: Acórdão do TRE, processo n.º 74/14.7GEPTM.E1, Relator: Martins Simão; Acórdão TRE, processo n.º 53/16.9GASSB.E1, Relator: João Amaro; Acórdão do TRP, processo n.º 301/15.3GCSTS.P1, Relator: José Carreto.

carecerá de tutela penal; se, por outro lado, for considerada de menor grau lesivo, já haverá justificação suficiente para a sua não punibilidade.

Esta perspetiva pode levantar-nos sérios problemas no tema do *Stealththing*, por dois motivos.

O primeiro relaciona-se com o facto de esta conduta estar associada, *prima facie*, a um engano, uma mentira (coloquialmente falando), o que para alguns, pode constituir uma conduta penalmente irrelevante por se circunscrever a uma característica de uma relação sexual entre adultos, aparentemente consentida¹⁶⁸ e cairá, assim, no risco “normal” associado à prática de relações sexuais, que conterà em si a possibilidade de se ser enganado. Pensamos ter ficado claro que assim não entendemos, embora não possamos ignorar que as mentiras para a obtenção de sexo são socialmente toleradas¹⁶⁹ (temos algumas dúvidas de que não serão mesmo aceites) podendo o *Stealththing*, mediante a aplicação desta visão, ser considerado como uma conduta pouco lesiva da liberdade sexual.

A segunda observação prende-se com a pouca difusão de casos de *Stealththing* junto da nossa sociedade- em especial da Portuguesa- pese o facto de noutras zonas do globo este tema já não causar estranheza ou surpresa. Sem este consenso social sobre a gravidade da lesão de um bem jurídico, o aplicador não conseguiria fazer esta reconstrução do “pensamento da sociedade” pelo que a operatividade deste princípio ficaria sem efeito, logo na sua base.

Assim sendo, o que importa realmente, para a decisão da aplicabilidade deste princípio a estes nossos casos, é atentar no bem jurídico enquanto elemento que presidiu ao “nascimento” do tipo incriminador, mas também como critério interpretativo do tipo penal¹⁷⁰, avaliado este, tanto do ponto de vista do seu cumprimento formal como material. Deve, portanto, atender-se ao impacto que a lesão tem no bem jurídico e não apenas na ressonância que adquire junto da

¹⁶⁸ Damos nota de que no Acórdão do TRE, datado de 17.09.2013 processo n.º 10/09.2GFMMN.E1, Relator: António João Latas, é feita referência ao facto de um consentimento não plenamente válido, por lhe faltar algum dos requisitos do artigo 38.º, p.e., poder servir para tornar irrelevante, para efeitos penais, determinada conduta ainda que formalmente típica. O aprofundamento desta posição- que não é feito depois ao longo da decisão- seria muito interessante para os casos de *Stealththing*, onde ao consentimento lhe falta a liberdade exigida, como já atrás demos nota.

¹⁶⁹ Enunciando esta distinção entre “tolerância” e “aceitação” social, Acórdão do TRE, datado de 07.12.2012, processo n.º 488/09.4TASTB.E1, Relatora: Ana Barata Brito

¹⁷⁰ Mostrando este papel importante do bem jurídico como elemento interpretativo, **SILVA DIAS, Augusto**, *Lições Direito Penal III*, 3ª edição, Lisboa, 2011, pp. 14 ss.

sociedade.

Este foco no bem jurídico permitirá ao intérprete-aplicador efetuar válidas reduções teleológicas¹⁷¹ (serão válidas apenas se utilizadas para despenalizar e não para o contrário) sempre que através destas se vise precisamente proteger o bem jurídico, dentro dos limites do direito penal.

Em honra à proteção do bem jurídico- verdadeira *ratio* da construção do tipo incriminador- seria legítima a não subsunção de condutas que apenas formalmente naquele se inseriam. Isto é, se pensarmos neste raciocínio especificamente quanto aos crimes sexuais, o direito penal, a pretexto de tutelar a liberdade sexual, não pode retirar ao indivíduo mais liberdade do que efetivamente pretende conferir com o estabelecimento da relevância penal do bem jurídico liberdade sexual. Não estarão legitimadas, desta forma, intervenções penais bagatelares- é o próprio bem jurídico que se afeta, e é todo o direito penal sexual que se põe em causa, portanto.

Já fizemos, ao longo deste estudo, todas as considerações possíveis sobre o conteúdo do bem jurídico liberdade sexual e de como a ausência de consentimento validamente prestado aniquila a existência da chamada vertente positiva da liberdade sexual, aquela que, em bom rigor, representa o âmago do bem jurídico. Assim, é esta vertente do bem jurídico liberdade sexual violada no *Stealth*- porquanto a vítima se vê privada de conformar livremente o exercício da sua sexualidade- não sendo por isto possível considerar que a lesão do bem jurídico é insignificante e que, portanto, a conduta é não punível.

De forma conclusiva, este capítulo pretendeu- e esperamos que tenha conseguido- conjecturar a entrada do *Stealth*, não apenas enquanto realidade composta por factos penalmente relevantes, mas também como podendo ainda estes ser alvo de subsunção nos tipos penais já existentes, sem esquecer, no entanto, que existiriam sempre soluções mais perfeitas, mas que exigiriam sempre uma alteração legislativa, ao nível da própria construção do tipo penal da violação, em especial. Esta mudança representaria a possibilidade de um enquadramento mais claro e essa clareza mostrar-se-ia mais adaptada ao próprio bem jurídico que a norma incriminadora visa proteger.

¹⁷¹ Que mais não são do que aplicar aquilo a que podemos chamar de “causas materiais supralegais de atipicidade penal” amplamente difundidas na jurisprudência que temos vindo a revelar nesta sede.

Conclusão

Este trabalho visou discutir a configuração penal dos casos de *Stealth*, supondo que ocorressem em Portugal, ou fossem por tribunais portugueses tratados. Uma vez que existe ainda pouca criação doutrinal e jurisprudencial sobre esta questão em concreto, foi necessário recorrer a contributos internacionais e a uma análise de determinados problemas que, embora parecessem laterais, se revelaram de extrema relevância para a compreensão global do fenómeno.

Contudo, não podíamos ignorar as coordenadas fundamentais da doutrina portuguesa e optámos por ir adaptando alguns conceitos já existentes a novas realidades, de forma a torná-los operativos para factos que não constituem a normalidade, em termos da prática judiciária Portuguesa, especificamente no que diz respeito à criminalidade sexual.

Para tal, revelou-se crucial a análise da fundamentação do bem jurídico a nível constitucional. Começámos por assentar o bem jurídico liberdade sexual no artigo 1.º da CRP, por três motivos essenciais. O primeiro prende-se com a ausência de um artigo constitucional do qual se possa retirar, com exatidão, este bem jurídico. Esta lacuna parece incompreensível se pensarmos que em domínios tão recentes como a informática, os bens jurídicos, para os efeitos dos crimes tipificados na lei do cibercrime, se retiram de forma muito mais clara.

Assim sendo, não tendo o legislador constituinte consagrado este “direito à liberdade sexual” de forma expressa, constatámos ser mais correto inseri-lo no artigo basilar no que toca à proteção da pessoa e aquele onde se apoia toda e qualquer liberdade do Homem.

O segundo tem que ver com o facto de a liberdade sexual se fundar naquilo que de mais profundo há no indivíduo, considerando-se como uma liberdade específica que, podendo inserir-se em mais do que um normativo constitucional (no direito à integridade pessoal, no direito à liberdade como cláusula geral ou no direito ao livre desenvolvimento da personalidade) todos estes se reconduzirão, de forma inevitável, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O último motivo constituiu-se quando percebemos que a lesão da liberdade sexual implicava sempre uma instrumentalização de uma pessoa (vítima) em função dos objetivos e vontade superior de outra pessoa (agente). Esta objetificação revela-se como um meio para a concretização dos fins próprios do agente. Não é a vítima, no fundo, encarada como pessoa. Desta forma, não existindo um artigo que permita uma melhor caracterização da liberdade sexual, o princípio da dignidade da pessoa humana, entendendo-se como aquele que proíbe o “uso” do Homem como meio e não como fim em si mesmo, apoia de forma suficiente o bem jurídico.

Nos casos de *Stealth* nada mais acontece do que isto. Alguém que desconsidera a vontade expressa de outra pessoa, com a agravante de o fazer de forma ardilosa¹⁷², sem que a vítima consiga perceber imediatamente a real vontade do agente, sendo levada a crer que tudo se passará conforme o que foi mutuamente acordado.

Assim, na sequência do que acabámos por dizer, a liberdade sexual só pode corresponder ao direito que todos temos de ser Pessoas, em termos de finalidades sexuais. E somo-lo, portanto, quando temos a possibilidade de nos determinarmos livremente do ponto de vista da sexualidade, como sendo aquilo que de mais autêntico possuímos. O corpo, mas inegavelmente também a mente da vítima estão ambos relacionados com a esfera da sexualidade desta e é por isto que este domínio da vida se afigura de relevância extrema para a construção da personalidade de cada Homem.

Esta liberdade para ser Homem deverá ser atendida, não só quando existe violência direta sobre o corpo/mente da vítima, mas igualmente quando esta só aparentemente consentiu numa dada relação sexual. A fraude ou o engano que vicia o consentimento deverão corresponder a meios tão idóneos para a agressão ao bem jurídico como os que se encontram elencados no n.º1 do artigo 164.º do CP.

É natural que nem toda a fraude poderá corresponder a uma agressão séria ao bem jurídico e construir um critério que possa servir para uma área de atuação

¹⁷² Na doutrina penal Brasileira, entendendo que este ardil que ilude a vontade da vítima corresponde à “raposa matreira”, inegavelmente menos perigosa que o “leão rompente”, imagem metafórica da violência exercida para a obtenção de sexo, **HUNGRIA, Nelson**, Comentário ao artigo 215.º do Código Penal, *Comentários ao código penal*, V. VIII, 5ª edição, Brasil, Forense, 1981, p. 138.

humana tão vasta, talvez se conclua por ser impossível.

Como, no entanto, o nosso objetivo passou por compreender os casos de *Stealththing*, do ponto de vista da sua relevância penal, focamo-nos em compreender o que neles havia de diferente que merecesse esta tutela. Concluímos que nos casos em que ficou expressamente acordado que o uso do preservativo era imprescindível para a prossecução da relação sexual, a vítima procurou diminuir ao mínimo possível os riscos que estão comumente associados à prática de sexo desprotegido. E essa autoproteção máxima do bem jurídico merece ser considerada. Não só subjetivamente a vítima não consentiu verdadeiramente para a relação que efetivamente veio a ocorrer, como objetivamente pretendeu diminuir as desvantagens que aquele ato (se configurado inicialmente como acabou por acontecer no final da relação sexual) podia acarretar.

Foi inevitável, dadas as inúmeras vezes que nos debatemos com este argumento, tentar perceber o porquê da efetivação dos danos- ou mesmo a consideração do mero risco de vir a sofrer danos- se mostrar tão determinante para a resolução de casos que, na mais das vezes, representam logo um problema de consentimento, existindo nestes portanto, um problema jurídico prévio a analisar.

A questão da importância dos danos decorre de uma fraca compreensão da liberdade sexual como bem jurídico suficiente para apoiar os casos de *Stealththing*. Foi nesta caminhada pelo valor que a jurisprudência e a doutrina atribuem aos danos decorrentes destas relações “desprotegidas” que nos deparámos com os casos de sabotagem contracetiva. Estes foram realmente importantes para a compreensão do bem jurídico, matéria alvo deste trabalho.

Inserindo-se o *Stealththing* como uma das possibilidades de concretizar a sabotagem contracetiva, tornou-se necessário recolocar o papel dos resultados advenientes de uma relação desprotegida. E fazendo isto quanto à sabotagem contracetiva, estaríamos a abranger os casos de *Stealththing*, porquanto, pese embora as diferenças que apontámos quanto a estas duas realidades, ao nível da consideração dos resultados lesivos, as conclusões poderão ser as mesmas, essencialmente porque o tipo de danos são sempre os que relacionam com uma relação sexual desprotegida.

Na verdade, estes danos, e assim o são por não serem desejados pela vítima,

poderão lesar outro bem jurídico diferente da liberdade sexual. A liberdade de procriação ou de escolha do momento da maternidade/paternidade, pensando-se no dano gravidez, ou na integridade física, se considerarmos as situações em que o dano se concretiza na contração de uma DST, poderão e deverão corresponder a danos autónomos aos bens jurídicos supra mencionados. E nesta sequência talvez faça sentido a criação de um capítulo autónomo “dos crimes contra a liberdade de procriação” que a doutrina tem avançado como preferível e de que aqui demos nota no Capítulo II.

A verdade é que a lesão ao bem jurídico liberdade de procriação está dependente dos devidos resultados indesejados: a efetiva gravidez- e não apenas o desenvolvimento efetivo da gestação, pois não podemos ignorar que, nos casos em que se recorreu à realização de um aborto, este dano se deva considerar- ou o contágio real pela doença de que o agente é portador. E bem. De facto, se não existe qualquer efetiva lesão ao bem jurídico- e a liberdade de escolha do momento da maternidade paternidade retira-se de forma muito mais clarividente da CRP- não se poderá legitimar qualquer punição do agente que praticou a sabotagem contracetiva. E parece-nos razoável que se considere que é com início da gravidez que o problema do livre momento para a escolha da maternidade/paternidade se começa logo a equacionar, uma vez que é logo aí que os desafios da maternidade/paternidade se colocam e há de facto decisões a tomar nesse contexto. O mesmo se pode afirmar para o caso da descoberta de uma DST em virtude da relação desprotegida: com a confirmação dessa realidade advirão, desde logo, impactos na saúde mental e física que serão os resultados daquela.

O problema desta posição, quando utilizada para resolver casos de sabotagem contracetiva ou mesmo de *Stealththing*, é que ignora que há já um bem jurídico lesado quando a vontade para a prática daquela relação sexual foi viciada por engano ou fraude. Entendemos que caracterizar logo o dano ao nível da liberdade sexual levante certas dificuldades, dada a abstração do próprio bem jurídico- é inequivocamente mais difícil de assegurar (e provar) a sua violação no plano do “palpável”- e a ausência de contributos doutrinários sobre o seu conteúdo específico, para além da famosa bipartição entre a vertente positiva e negativa, que pouco nos diz de concreto quanto aos casos difíceis.

Não podemos deixar de concluir, assim, que provada que fique a ausência de verdadeiro consentimento para a prática da relação sexual que na realidade ocorreu, estamos sempre, no plano da violação do bem jurídico liberdade sexual. Não sendo necessário, portanto, encontrar outros bens jurídicos violados que justifiquem a punição.

Quando os resultados lesivos não se verifiquem- até mesmo quando se concretizem- e exista, na realidade, um problema de ausência de consentimento, o caso em questão deve ser resolvido sob o prisma da liberdade sexual, aferindo da sua violação ou não.

A liberdade sexual está ainda rodeada de demasiados pré-conceitos que impedem a compreensão da importância deste bem jurídico, pelo que o levantamento da possibilidade da inserção do *Stealth* nos crimes sexuais no nosso atual CP, conforme tentámos deixar como uma possibilidade no último capítulo deste estudo, permite proteger de forma coerente o bem jurídico e reflexamente, a dignidade da pessoa humana.

Bibliografia

- **AMARAL, Maria Lúcia**, “O Princípio da Dignidade Da Pessoa Humana na Jurisprudência Constitucional Portuguesa” *in. Liber Amicorum José de Sousa Brito*, Augusto Silva Dias. João António Raposo et al. (orgs.), Almedina, Coimbra, 2009, pp.947-964;
- **ANDERSON, Michelle J.**, “Negotiating Sex”, in *Southern California Law Review*, Vol. 41, Los Angeles, University of Southern California, 2005, pp.101-138;
- **BASCUÑAN RODRIGUEZ, Antonio**, “Problemas básicos de los delitos sexuales” *in. Rev. derecho (Valdivia)*, ago. 1997, vol.8 supl, pp. 73-94;
- **BATARRITA ASUA ADELA**, “Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico” *in* Análisis del código penal desde la perspectiva de género, 1998, pp. 1-40;
- **BECCARIA, Cesare**, *Dos Delitos e das Penas*, 4ª ed., tradução de José de Faria Costa, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2014;
- **BELEZA PIZARRO, Teresa**, “Consent- it’s as simple as tea: notas sobre a relevância do dissentimento nos crimes sexuais, em especial na violação” *in* *Combate à violência de género- Da convenção de Istambul à nova legislação penal*, coordenação: Maria da Conceição Ferreira da Cunha, Porto, Universidade Católica Portuguesa do Porto, 2016, pp.16-26;
- **BRANDÃO, Nuno**, “Bem jurídico e direitos fundamentais: entre a obrigação estadual de protecção e a proibição do excesso”, in: J. Faria Costa et al. (orgs.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Coimbra: Instituto Jurídico, 2017, pp. 239-266;

- **BRODSKY, Alexandra**, “Rape-Adjacent”: Imagining legal responses to non-consensual condom removal” in *Columbia Journal of Gender and Law*, vol. 32, n. ° 2, Nova Iorque, Columbia University School of Law, 2017, pp. 183-210;
- **BUCHANAN SHAYO, Kim**, “When Is HIV a Crime? Sexuality, Gender and Consent” in *Minnesota law review*, n. ° 14, Minneapolis, University of Minnesota Law School, 2015, pp. 1239-1342;
- **CLOUGH, Amanda** “Conditional Consent and Purposeful Deception”, in *The Journal of Criminal Law*, Vol. 82, 2018, pp. 178-190;
- *Comentário conimbricense do Código Penal Parte especial: artigos 131.º a 201.º*, Dir. Jorge de Figueiredo Dias, 2ª ed, Coimbra, Coimbra Editora, 2012;
- **COSTA ANDRADE, Manuel da**, “A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime” in. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, n.º1, abril-junho 1992, p. 173-205;
- **COSTA ANDRADE, Manuel da**, Consentimento e acordo em direito penal- Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista, 1.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1991;
- **CRORIE MAC, Benedita**, “O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do tribunal constitucional.” In *Estudos em Comemoração do 10º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 151-174;
- **DOIG, Gavin e WORTLEY, Natalie**, “Conditional consent? An emerging concept in the law of rape”, in *The Journal of Criminal Law*, Vol.77, 2013,

pp. 286-291;

- **DONNA, Edgardo Alberto**, *Derecho Penal, Parte Especial- Tomo I*, Buenos Aires, Rubinzal- Culzoni Editores, 1999;
- **FARIA COSTA, José de** “Sobre o objecto de proteção do direito penal: o lugar do bem jurídico na doutrina de um direito penal não ileberal” in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 142.^o, Coimbra, Gestlegal, janeiro-fevereiro de 2013, pp. 158 a 173;
- **FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição**, “Conceito de violência no crime de violação, in *Revista portuguesa de ciência criminal*, A. 21, n.º 3, Coimbra, Coimbra Editora, julho-setembro, 2011, pp. 441-479;
- **FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição**, “Crimes sexuais contra crianças e adolescentes”, in. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 3, n.º3, p. 345-376;
- **FERREIRA DA CUNHA, Maria da Conceição**, “Do dissentimento à falta de capacidade para consentir” in *Combate à violência de género- Da convenção de Istambul à nova legislação penal*, coordenação: Maria da Conceição Ferreira da Cunha, Porto, Universidade Católica Portuguesa do Porto, 2016, pp.130-166;
- **FERREIRA LEITE, Inês** “A Tutela Penal da Liberdade Sexual”, publicação que reflete a comunicação da autora no âmbito do I Curso Pós-graduado de Aperfeiçoamento em Direito da Investigação Criminal e da Prova, organizado pelo IDPCC, na Faculdade de Direito de Lisboa, em abril de 2010, pp.1-44;
- **FIGUEIREDO DIAS, Jorge de**, “O direito penal do bem jurídico como princípio jurídico-constitucional implícito” in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 145, Coimbra, Gestlegal, maio-junho de 2016, pp.

250 a 266;

- **FIGUEIREDO DIAS, Jorge de**, *Direito Penal- Parte Geral- Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, Tomo I, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;
- **FIGUEIREDO DIAS, Jorge**, “Revisitações de algumas ideias-mestras da teoria das proibições de prova em processo penal” in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 146.º, n.º 2000, Coimbra, Gestlegal, setembro-outubro de 2016, pp. 3-16.
- **FOLHADELA FIGUEIRA, Ana**, “O carácter discriminatório da exigência de outras formas de violência para além da actuação com o dissentimento da vítima para efeitos de preenchimento do crime de violação”, vencedora da 2.ª Ed.do Prémio Teresa Rosmaninho Direitos Humanos, Direitos das Mulheres/ 2014, pp. 1-43;
- **GOMES CANOTILHO, J.J./ MOREIRA, Vital**; *CRP da República Portuguesa Anotada*, 4.ª edição, Volume I, Coimbra, Wolters Kluwer-Coimbra Editora, 2010, p. 454;
- **HUNGRIA, Nelson**, *Comentários ao código penal*, V. VIII, 5ª edição, Brasil, Forense, 1981;
- **LEAL-HENRIQUES, Manuel e SIMAS SANTOS, Manuel**, *Código Penal Anotado*, 3ª ed, Lisboa, Rei dos Livros, 2000;
- **MACKINNON, Catharine A.**, *Toward a Feminist Theory of the State*, 1ª edição, Cambridge, Harvard University Press, 1989, pp. 171-187;
- **MCJUNKIN, Ben A.**, “Deconstructing Rape by Fraud”, in *Columbia Journal of Gender and Law*, vol. 28, n.º 1, Nova Iorque, Columbia University School of Law 2014, pp. 1-47;

- **MIRANDA JORGE e MEDEIROS RUI**, *CRP Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.^a edição, Coimbra, Wolters Kluwer- Coimbra Editora, 2010;
- **MIRANDA, Jorge**, “A CRP e a Dignidade da Pessoa humana” *in. Didaskalia*, v. XXIX, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1999, pp. 473-485;
- **MORAIS, Tatiana**, “Os primeiros impactos da Convenção de Istambul: da relutância do legislador nacional em adoptar a falta de consentimento como elemento do tipo legal do crime de violação” *in Themis. Revista da Faculdade de Direito da UNL*, a.18 n.33, Coimbra, 2017, pp. 105-137;
- **MORLAND, Michael**, “Rape by Fraud?” *The Liverpool Law Review*, Vol. XVI, Reino Unido, University of Liverpool-Liverpool law school, 1994, pp.115-132;
- **MOTA, Carmona da**, “Crimes Sexuais” *in Revista do Ministério Público*, n.º 14, 2º trimestre, Lisboa, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 1983, pp. 9-23.
- **MOURAZ LOPES, José**, *Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual no Código Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 4.^a edição, 2008;
- **NATSCHERADETZ, Karl Prehaz**, *O direito penal sexual: conteúdo e limites*, 1.^a edição, Coimbra, Almedina, 1985;
- **NAUCKE, Wolfgang**, *Materiais para o estudo da parte especial do Direito Penal Estudos Monográficos: 1- Introdução à parte especial do Direito Penal*, Tradução e notas de Augusto Silva Dias, Lisboa, AAFDL, 1989;

- **NUNES HENRIQUE, DANILO e LEHFELD SOUZA, LUCAS**, “*Stealthing*: aspectos acerca da violência de gênero e afronta aos direitos fundamentais” in *Revista Libertas*, vol. 3, n.º 2, Brasil, Universidade Federal de Ouro Preto, fev./mar. 2018, pp. 93-108;
- **NUSSBAUM, Martha**, “Pela razão ou preconceito: ganhar dinheiro com o uso do corpo” in *Cadernos Themis Gênero e Direito*, Ano 3, n.º 3, dezembro, Brasil, Themis, 2002, pp.13-53;
- **OXMAN, Nicolás**, “La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales” in. *Política Criminal- Revista electrónica semestral de políticas públicas en Materias Penales*, V. 10, n.º 19, 2015, pp.92-118, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=264393;
- **PALMA, Maria Fernanda**, “Conceito Material de Crime e Reforma Penal” in. *Anatomia do Crime*, nº 0, julho-dezembro, Lisboa, IDPCC, pp. 11-23;
- **PALMA, Maria Fernanda**, *Conceito Material de Crime, princípios e fundamentos*, 2ª ed. 1ª reimp., Lisboa, AAFDL Editora, 2017;
- **PALMA, Maria Fernanda**, *Direito Constitucional Penal*, Coimbra, Almedina, 2006;
- **PALMA, Maria Fernanda**, *Direito Penal- Parte Geral- Teoria Geral da Infração como teoria da decisão penal*, Lisboa, AAFDL, 2013;
- **PEREIRA, Rui Carlos**, “Liberdade Sexual na reforma do Código” in. *Sub-Judice Justiça e Sociedade*, n.º11, janeiro-junho, Coimbra, Almedina, 1996, pp. 40-47;

- **PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo**, *Comentário ao código penal à luz da CRP da República e da convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª edição, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015;
- **PIZARRO BELEZA, Teresa**, “Sem sombra de pecado : o repensar dos crimes sexuais na revisão do código penal” *in. Separata Jornadas de direito criminal- Revisão do Código Penal*, 1996, pp.6-29;
- **PIZARRO BELEZA, Teresa**, *Direito Penal*, V.I, 2ª ed., Lisboa, AAFDL, 1998;
- **PLUNKETT, Leah A.**, “Contraceptive Sabotage” in *Columbia Journal of Gender and Law*, vol. 28 n ° 1, Nova Iorque, Columbia University School of Law, 2014;
- **RAPOSO, Vera Lúcia** “Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual”, *in. M. da Costa Andrade. Faria Costa et al. (orgs.), Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, pp. 931-962;
- *Reforma do Código Penal- trabalhos preparatórios*, Lisboa, Assembleia da República, Vol. III, 1995;
- **REIS ALVES, Sénio Manuel**, *Crimes Sexuais- Notas e comentários aos artigos 163.º a 179.º do Código Penal*, Coimbra, Almedina, 1995;
- **ROXIN, Claus**, “O conceito de bem jurídico como padrão crítico da norma posto à prova” *in. Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 23, n.º1, jan-mar, tradução de Susana Aires de Sousa, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 7-43;
- **SILVA DIAS, Augusto**, “Reconhecimento e Coisificação nas

Sociedades Contemporâneas- Uma Reflexão sobre os Limites da Intervenção Penal do Estado *in. Liber Amicorum José de Sousa Brito*, Augusto Silva Dias. João António Raposo et al. (orgs.), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 113-131;

- **SILVA DIAS**, Augusto, *Lições Direito Penal III*, 3ª edição, Lisboa, 2011;
- **SILVA DIAS, Maria do Carmo**, “A propósito do crime de violação: ainda faz sentido a sua autonomização?” *in Revista do Ministério Público*, n.º 81, Lisboa, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2000, pp. 57-76;
- **SILVA DIAS, Maria do Carmo**, “Repercussões da Lei n.º 59/2007, de 4/9 nos “crimes contra a liberdade sexual” (Secção I do Capítulo V do Título I da Parte Especial do Código penal)” *in. Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 8, 1º semestre, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2008, pp. 1-16;
- **SOTTOMAYOR, Maria Clara**, “A convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género” *in Ex aequo-Revista da Associação Portuguesa de Estudos sobre as Mulheres*, n.º 31, Lisboa, Associação Portuguesa de Estudos sobre Mulheres, 2015, pp.106-121;
- **SOTTOMAYOR, Maria Clara**, “O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista. A propósito do acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de Abril de 2011.” *in Revista do Ministério Público*, n.º 128, outubro-dezembro 2011, Lisboa, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2011, pp. 270-318;
- **TAVARES, Juarez Estevam Xavier**, “O consentimento do ofendido no direito penal”. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, Brasil, dez. 1969, pp. 258-270;

- **TORRÃO, Fernando**, “A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais (Mudança de paradigma no novo Código Penal)” in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, V. LXXI, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1995, pp. 545 a 570;
- **TRAWICK, Shane M.**, “Birth Control Sabotage as Domestic Violence: A Legal Response” in. *California Law Review*, V. 100, Issue 3, Article 8, Estados Unidos da América, University of California, 2012, pp.721-760;
- **VAZ PATTO, Pedro**, “Direito Penal e Ética Sexual” In *Direito e Justiça*, Volume XV, tomo 2, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa Editora, 2001, pp. 123-145;
- **VENTURA, Isabel**, A violação na jurisprudência e na doutrina in. *Combate à violência de género- Da convenção de Istambul à nova legislação penal*, coordenação: Maria da Conceição Ferreira da Cunha, Porto, Universidade Católica Portuguesa do Porto, 2016, pp.41-68;
- **VENTURA, Isabel**, *Medusa no palácio de justiça ou uma história da violação sexual*, 1ª edição, Lisboa, Tinta-da-China, 2018.

Jurisprudência Nacional

- Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 418/2013, Processo n.º 120/11, 3.ª Secção, Relatora: Cons.ª Catarina Sarmento e Castro;
- Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 144/2004 Processo n.º 566/2003, 2.ª Secção, Relatora: Cons.ª Maria Fernanda Palma;
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 196/2004 Processo n.º 130/04, 2ª Secção, Relator: Cons.º Paulo Mota Pinto;
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 303/2004, Processo n.º 922/03, 1ª Secção, Relatora: Cons.ª Maria Helena Brito;
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 341/2018, Processo n.º 409/18, 3ª Secção, Relatora: Cons.ª Maria José Rangel Mesquita;
- Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 432/2002, Processo n.º 326/02, 1ª Secção, Relatora: Maria Helena Brito;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 159/09.1YFLSB, 7.ª secção, Relator: Alberto Sobrinho, datado de 18-06-2009;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 429/09.9TTLSB.L1.S1, 4.ª secção, Relator: Gonçalves Rocha, datado de 29.03.2012;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 911/10.5TBOLH.E1.S1, 5ª secção, Relator: Santos Carvalho, datado de 05.07.2012;

- Acórdão Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 456/08.3PTLSB.L1.S1, Relator: Sousa Fonte, datado de 12.07.2012;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. Processo n.º: 2209/08.0TBTVD.L1.S1, 7.ª secção, Relator: Granja da Fonseca, datado de 30.05.2013;
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Processo n.º 7613/09.3TBCSC.L1.S1, 1.ª secção, Relator: Alexandre Reis, datado de 29.11.2016;
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo n.º 0714613, Relator: Manuel Braz, datado de 07-11-2007;
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo n.º 476/09.0PBBGC.P1, Relatora: Eduarda Lobo, datado de 13-04-2011;
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo n.º 1659/10.6JAPRT.P1, Relatora: Maria Deolinda Dionísio, datado de 11.07.2012;
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 13.03.2017, processo n.º 301/15.3GCSTS.P1, Relator: José Carreto.
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo n.º16/16.5GAAGD.P1, Relator: Horácio Correia Pinto, datado de 14.06.2017;
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, processo n.º 3897/16.9JAPRT.P1, Relatora: Maria Dolores da Silva e Sousa, datado de 27.06.2018;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, processo n.º

488/09.4TASTB.E1, Relatora: Ana Barata Brito, datado de 07.12.2012;

- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, processo n.º 10/09.2GMMN.E1, Relator: António João Latas, datado de 17.09.2013;
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, processo n.º: 558/13.4GBLLE.E1, Relator: António João Latas, datado de 29.03.2016.
- Acórdão Tribunal da Relação de Évora, datado de 08.03.2018, processo n.º 74/14.7GEPTM.E1, Relator: Martins Simão;
- Acórdão Tribunal da Relação de Évora, datado de 10.04.2018, processo n.º 53/16.9GASSB.E1, Relator: João Amaro

Jurisprudência Internacional

- *R v EB* Tribunal de Recurso- Divisão Criminal da Inglaterra e País de Gales, processo n.º 200601453/C1, decisão datada de 16.10.2006, disponível em:.
- *R v. DPP*, High Court of Justice- Queen's Bench Divisional Court, n.º: CO/3845/2012, decisão datada de 24.04.2013, disponível em: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Judgments/f-v-dpp-judgment.pdf>.
- *R. v McNally*, Tribunal de Recurso- Divisão Criminal da Inglaterra e País de Gales, processo n.º 201302101C2, decisão datada de 27.06.2013, disponível em: <https://genderidentitywatch.com/wp-content/uploads/2013/06/mcnally-v-r-2.pdf>.
- *R. v. Cuerrier*, Supremo Tribunal do Canadá, n.º: 25738, decisão datada de 03-09-1998, disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1646/index.do>
- *R. v. Omar Alboukhari*, Court of Appeal for Ontario, decisão datada de 27.09.2013, disponível em: <https://archive.is/dsOxy>.
- *R. v. Hutchinson*, Supremo Tribunal do Canadá, decisão datada de 07.03.2014, disponível em: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/13511/index.do>.
- *M.C. v. BULGARIA*, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Decisão nº 39272/98, datada de 04.12.2003, disponível em: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,47b19f492.html>
- *Conley v. Romer*, Appeals Court of Massachusetts, Suffolk., decisão

datada de 14.04.2004, disponível em: <https://caselaw.findlaw.com/mah-court-of-appeals/1121488.html>.

- *Julian Assange v. Ministério Público Sueco*, High Court of Justice- Queen's Bench Divisional Court, Processo n.º: C0/1925/2011, decisão datada de 02.11.2011, disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2011/2849.html>.
- Canton de Vaud, Tribunal Cantonal, Cour d'Appel penale, decisão datada de 08.05.2017, disponível em: https://www.findinfo-tc.vd.ch/justice/findinfo-pub/internet/search/result.jsp?path=CAPE/Jug/20170523154941426_e.html&title=Jug%20/%202017%20/%20197&dossier.id=6084202&lines=4